

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

UDK 34



ISSN 0583-5062

ГОДИШНИК

НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE

DE LA FACULTÉ DE DROIT
„JUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE

LIBER AMICORUM

ВО ЧЕСТ НА

ПРОФ. Д-Р АРСЕН ЈАНЕВСКИ



ТОМ
61

Скопје 2023

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

ГОДИШНИК

НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE
DE LA FACULTÉ DE DROIT
“JUSTINIANUS PRIMUS” DE SKOPJE

LIBER AMICORUM

ВО ЧЕСТ НА
ПРОФ. Д-Р АРСЕН ЈАНЕВСКИ

СКОПЈЕ 2023

**ГОДИШНИК
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ**

ГОДИШНИК	ТОМ 61	СКОПЈЕ SKOPJE	2023
-----------------	---------------	--------------------------	-------------

**ANNUAIRE
DE LA FACULTE DE DROIT
“IUSTINIANUS PRIMUS” DE SKOPJE**

РЕДАКЦИСКИ ОДБОР

Уредник на Годишникот

Проф. д-р Татјана Зороска-Камиловска

Уредувачки одбор

Проф. д-р Михајло Дика (Република Хрватска)
Проф. д-р Гордана Станковиќ (Република Србија)
Проф. д-р Миодраг Орлиќ (Република Србија)
Проф. д-р Весна Ријавец (Република Словенија)
Проф. д-р Зоран Рашовиќ (Црна Гора)
Проф. д-р Јозо Чизмиќ (Република Хрватска)
Проф. д-р Алеш Галич (Република Словенија)
Проф. д-р Татјана Јосиповиќ (Република Хрватска)
Проф. д-р Мелиха Повлакиќ (Босна и Херцеговина)
Проф. д-р Родна Живковска (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Јадранка Дабовиќ Анастасовска (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Татјана Зороска-Камиловска (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Дејан Мицковиќ (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Тина Пржеска (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Ненад Гавриловиќ (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Неда Здравева (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Ангел Ристов (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Елена Игновска (Република Северна Македонија)
Проф. д-р Милка Ракочевиќ (Република Северна Македонија)

Секретар на Годишникот

Проф д-р Милка Ракочевиќ

Правен факултет „Јустинијан Први“

Ул. Гоце Делчев 9б 1000 Скопје, Република Македонија

Лектура: Софија Чолаковска-Поповска

Печати: МАР-САЖ Ташко ДООЕЛ Скопје

Тираж: 40 примероци

Објавувањето на овој Годишник и подготовката на трудови чии што автори се вработени на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје е во рамки на Проектот “Евроинтеграција на општествениот, правниот и политичкиот систем на Република Северна Македонија“.

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ.КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

ГОДИШНИК
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE
DE LA FACULTÉ DE DROIT
“JUSTINIANUS PRIMUS” DE SKOPJE



LIBER AMICORUM
ВО ЧЕСТ НА
ПРОФ. Д-Р АРСЕН ЈАНЕВСКИ

СКОПЈЕ 2023



Spencer

ВО ЧЕСТ НА ПРОФ. Д-Р АРСЕН ЈАНЕВСКИ

I

Да се напише предговор за издание со кое треба да се обележи животот и делото на професорот Арсен Јаневски е бездруго предизвик за паметење. Еден од оние за кои никогаш не сте сигурни дали ќе бидете на нивото на задачата што ви е доверена. А тоа може да го предизвика само човек со исклучителен интегритет, авторитет, професионалност, но истовремено исконска човечност и скромност. А таков е професорот Јаневски.

Македонската, но и пошироко југословенската наука за граѓанското процесно право ќе биде трајно обележана со ликот и делото на професорот Јаневски. Живеејќи и творејќи уште во рамките на поранешната сојузна држава до 90-тите години на минатиот век, Јаневски, иако сè уште релативно млад, успешно се етаблира во кругот на водечките југословенски процесуалисти. По осамостојувањето на Република Македонија, заедно со својот учител и претходник, професорот Стефан Георгиевски, тој е втемелувач на македонската теорија за граѓанското процесно право. Воден од непогрешливиот професионален инстинкт, широките познавања и несебичното залагање во текот на повеќе од 40 години активна работа, професорот Јаневски остави трајно наследство и неизбришлива трага со сите свои професионални ангажмани. Неговата научноистражувачка, наставна и апликативна дејност е исклучително богата. Иако, главно, е посветена на процесната проблематика, таа неретко задира и во теми од материјалното граѓанско право, поради што со право може да се каже дека професорот Јаневски е еден од ретките комплетни цивилисти. Поради богатот научен опус, тој е препознатлив автор во научните и стручните кругови, не само во национални граници, туку и пошироко. Неговите научни и стручни трудови се широкоприфатени и цитирани, без исклучок секогаш кога треба да се поткрепи исправноста на некоја теза или аргументација. Генерации студенти на Правниот факултет во Скопје, но и на други правни факултети во земјата и надвор од неа ќе му бидат секогаш благодарни на овој извонреден педагог: вешт во пренесување на знаењето, строг, но принципиелен и правичен, професорски авторитетен, но и родителски насторен. Практичарите, пак, секогаш ќе му благодарат за неговата отвореност, за можноста да му се обратат, а тој со своето знаење и искуство, но и со мудроста и доследноста да ги отстрани сите нивни дилеми и да им ја подигне професионалната самодоверба. За угледот и почитувањето што тој го ужива во академската заедница и пошироко во правната фела, зборува и ова издание, овој *Liber amicorum*, во кое повеќе од триесет врвни теоритичари и практичари му оддаваат почит на професорот Јаневски, како исклучителна индивидуа, научен работник, педагог и творец, вистински пример за отвореност, критичност, совесност и одговорност. Почестена сум со можноста да биде мој учител и пријател повеќе од дваесет и пет години. Неговата ревност, упорност и истрајност ќе бидат моја постојана инспирација.

II

Д-р Арсен Јаневски е роден на 22 август 1949 година во с. Кичиница, општина Гостивар. Основно образование завршил во родното село и во Маврови Анови. Гимназија завршил во Гостивар. На Правниот факултет во Нови Сад се запишал во учебната 1967/68 година, а дипломирал во 1971 година со просечен успех 9.03, како еден од тројцата најдобри студенти на генерацијата. За време на студиите бил наградуван четири пати: за најдобар успех во втора, трета и четврта година, како и за постигнат успех во текот на целото студирање.

По завршувањето на студиите, од 1 јануари 1972 година работел како стажант на Правниот факултет во Скопје, на Катедрата за граѓанско право. На 1 февруари 1973 година е избран за асистент на истата Катедра на Факултетот, а од јуни 1976 година е избран за асистент на предметот граѓанска судска постапка. На Правниот факултет во Скопје, на постдипломски студии по граѓанско право се запишал во учебната 1972/73 година. Со научен степен магистер се стекнал на 17 април 1979 година, успешно одбранувајќи го магистерскиот труд на тема „Способноста да се биде странка и парничната способност како основни својства кои ја определуваат положбата на странката во парничната постапка“. Во меѓувреме, од октомври 1973 до јуни 1974 година, бил на студиски престој на Правниот факултет во Гренобл, Франција. Во периодот од јуни 1976 до јуни 1977 година служел воен рок во ЈНА. Во ноември 1979 година е избран за наставник по предметот основи на судските постапки, во звањето предавач.

Во 1985 година, на Правниот факултет во Скопје пријавил докторска дисертација. Докторската дисертација под наслов „Жалба против пресуда во парничната постапка“ ја одбрал на 24 април 1992 година и се стекнал со научен степен доктор на правни науки. По докторирањето во 1992 година е избран за доцент на научната област судски постапки, во 1997 година е избран за вонреден професор, во 2002 година е избран за редовен професор на научната област судски постапки – граѓанско процесно право, а во 2007 година е реизбран во трајно звање редовен професор на наставно-научната област судски постапки за предметот Граѓанско процесно право. Од септември 2016 година е во пензија со навршени 67 години возраст и 44 години работен стаж, сите поминати на Правниот факултет „Јустинијан Први“ на Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, и е професор со најдолг стаж, целиот поминат на Факултетот, од неговото основање до денес.

Во периодот од изборот за асистент па сè до изборот за предавач, Јаневски редовно ги вршел сите асистентски должности по предметот Граѓанска судска постапка на Правниот факултет во Скопје, а од 1975 година и на Правниот факултет во Битола.

Од изборот за наставник во 1979 година на Правниот факултет во Скопје, професорот Јаневски најпрво предавал Основи на судските постапки, Парнична, вонпарнична и извршна постапка и Правосуден систем на СФРЈ. Потоа, со промената на студиските програми, професорот Јаневски предавал Граѓанско процесно право, Вонпарнично право, Наследно право, Правосуден систем, Нотарско право, Арбитражно право, Стечајна постапка и клиничка настава –

применета програма за граѓанско процесно право на додипломски студии и на мастер-студии. На постдипломските студии и на докторските студии на студиската програма по граѓанско право, професорот Јаневски предавал Граѓанско процесно право, Меѓународно граѓанско процесно право, Граѓанско процесно право на Европската Унија, Алтернативно решавање на спорови и Признавање и извршување на странски судски и арбитражни одлуки. Професорот Јаневски држел предавања и на постдипломски студии за деловно право, за меѓународно право и на постдипломските студии од областа на дипломатските и конзуларните односи за подрачјето – меѓународна правна помош. Предавал и на обуките во рамките на ТЕМПУС-проектите за индустриска сопственост и за авторско право и сродните права. Професорот Јаневски е основоположник на неколку дисциплини на мастер-студиите (Нотарско право, Арбитражно право, Стечајна постапка) и на докторските студии на Факултетот (Граѓанско процесно право на Европската Унија, Алтернативно решавање на спорови), заедно со неговите тогашни соработници, а денес професори д-р Татјана Зороска-Камиловска и д-р Милка Ракочевик.

Покрај наставата на матичниот факултет, неколку години предавал и на Правниот факултет во Битола, и тоа: Парнична постапка и Постапка пред судовите на здружен труд, Вонпарнична и извршна постапка. Исто така, предавал Граѓанско процесно право и на Правниот факултет на Универзитетот на Југоисточна Европа во Тетово, на редовните и на мастер-студиите.

Професорот Јаневски држел предавања на Правниот факултет во Ниш, Марибор, Катовице (Полска), Колумбија (Њујорк, САД), а на Правниот факултет во Љубљана на курсот за постдипломски студии – Граѓанско процесно право. Професорот Јаневски бил ментор на бројни магистерски трудови, на неколку докторски дисертации и претседател и член на десетици одбрани на докторски трудови. Бил рецензент на бројни учебници и статии (види библиографија).

Во својата долгогодишна кариера за одржување на нивото на научните и стручните стандарди во професијата и желбата за надградување на своето образование, покрај во Македонија, стручно се усовршувал и во странство, и тоа на Faculte de Droit de L'Universite de Sciences Sociales de Grenoble (октомври 1973 – јуни 1974), Правен факултет на Универзитетот Катовице (11-19 ноември 1985), Правен факултет – Универзитет Норман – Оклахома (САД) – Интензивна настава за обезбедување на побарувањата, нивна реализација и стечај; Далас (Тексас, САД) – Адвокатска компанија – за стечај и стечајна постапка и Остин (Тексас, САД) – заложно право (невладетелски залог) и запишување на ова право во Централен регистар (25 јуни – 26 јули 1997, САД), Правен факултет на Универзитетот Ломоносов – Москва (29 мај – 10 јуни 1999 и 31 октомври – 6 ноември 2005), Осло и Бренесен – Норвешка (Норвешки централен регистар, 22 август – 3 септември 1999), Факултет за правни и политички студии – Фиренца, Италија, Темпус програма (25 февруари – 6 март 2000), Правен факултет Загреб (15-22 октомври 2000) и уште неколку престои, Рига, Латвија (24-28 ноември 2001, клиничка програма), Вашингтон, САД (Светска банка во својство на експерт-консултант, 31 јануари – 6 февруари 2002), Ајдахо на Универзитетот Москва (САД) и Њујорк на Универзитетот Колумбија (САД, клиничка програма, 15 август – 8 септември 2003, Бостон и Потланд Мејн (САД,

Подобрување на вештините за пишување закони, 3-18 јули 2004), Стразбур, 14-28 април 2004 (Центар за меѓународни студии за индустриска сопственост при Универзитетот „Роберт Шуман“, ТЕМПУС проект и учество на меѓународни студии за индустриска сопственост при Универзитетот „Роберт Шуман“), Втор европски конгрес за индустриска сопственост (22-24 април, 2004), Стразбур (Центар „ТЕМПУС-проект за авторски и други сродни права“, 25 февруари – 3 март 2007), Универзитет „Македонија“, Солун, ТЕМПУС-проект за авторски и други сродни права, 21-24 април 2007, и други кратки престои на меѓународни конгреси и конференции.

На Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, професорот Јаневски бил активно вклучен во работата на разни комисии и тела. Бил член на Советот на Факултетот (во неколку мандати), претседател на Извршниот одбор на Факултетот, член на Комисијата за меѓународна соработка, член на Комисијата за наставни прашања, претседател на Комисијата за упис на студенти (во неколку мандати), секретар на Катедрата за граѓанско право, секретар на Колегиумот за постдипломски студии, шеф на Катедрата за граѓанско процесно право од 1996 до неговото пензионирање во 2016 година, раководител на постдипломските студии по граѓанско право од 1996 до 2012 година, од 2000 до 2004 и од 2012 до 2016 година бил раководител на Институтот за граѓанско право и член на Деканатската управа на Факултетот. Бил и претседател на Комисијата за нострификација на дипломи стекнати во странство од 2000 – 2004, од 1999 години во неколку мандати бил член на Универзитетската комисија за евалуација и на Комисијата за студентски стандард. Во периодот од 15 октомври 1991 до 30 септември 1994 година бил продекан на Факултетот.

Покрај основната преокупација што ја имал на Правниот факултет, првенствено фокусирана на наставно-образовната и научноистражувачката дејност на предметите од областа на граѓанското процесно право, професорот Арсен Јаневски надвор од Факултетот се посветил на арбитражата и нотаријатот. Неговиот ангажман во сферата на арбитражата започнува во 1993 година кога е избран за арбитер на Постојаниот избран суд – Арбитража при Стопанската комора на Македонија, на која листа е и денес. Од 2011 до 2016 година бил претседател на Постојаниот избран суд – Арбитража при Стопанската комора на Македонија. Од 1997 година па до денес, тој е арбитер и на листата на „Stalno izbrano sudište pri Hrvatskoj Gospodarskoj Komori“, а од 2005 година е и на листата на арбитри на Арбитражата при Стопанската комора на Република Црна Гора. Неговото арбитражно потрфолио го сочинуваат повеќе арбитражни постапки во кои учествувал како претседател на арбитражен совет, член на арбитражен совет или како арбитер поединец. Како претседател на Постојаниот избран суд – Арбитража е заслужен за организацијата на две исклучително успешни меѓународни конференции и низа предавања и промотивни настани за арбитражното решавање спорови во Скопје и во градовите каде што Стопанската комора на Македонија има регионални канцеларии.

Професорот Јаневски е еден од основоположниците на нотаријатот. По барање на министерот за правда, ги изготвил измените и дополнувањата на Законот за вршење на нотарските работи (1998), а заедно со тогашниот потсекретар во Министерството за правда, Драган Тумановски, и судијата на Врховниот суд на Македонија Ранко Максимовски ги изготвиле сите правилници и други

подзаконски акти со што е овозможено да се спроведе и полагањето нотарски испит и да бидат именувани и да започнат со работа првите нотари во Република Македонија. Професорот Јаневски бил именуван од министерот за правда за член на првата Комисија за полагање нотарски испит, а потоа и за претседател на Комисијата од 1998 до 2008 година. Учествовал во организација на Меѓународна конференција за нотаријатот во Скопје, и на неколку други работилници и едукативни семинари за кандидати за полагање нотарски испити. По формирањето на Нотарската комора во 1998 година, учествувал на десетици едукативни семинари и конференции со реферати во организација на Нотарската комора. Со реферат под наслов „Le notaire, tiers confiance“, учествувал на UINL XXVIIIe Congres International du Notariat, Paris – France 19 au 22 octobre 2016 (коавторство со М. Ракочевиќ). Бил член на Стручниот совет на Нотарската комора и надворешен соработник, а бил и иницијатор за списанието „Нотариус“ во 2001 година и член на Редакцискиот одбор (2014 – 2020).

Како угледен стручњак и правник, професорот Јаневски бил ангажиран во изготвување на десетици закони од осамостојувањето на Република Македонија на подрачјето на граѓанското процесно право и други области. Во 1991 година, по барање на министерот за правда, заедно со професорот Стефан Георгиевски ги изготвиле првиот Предлог-закон за парнична постапка на Република Македонија (учествувал во експертиза на Предлог-законот за парнична постапка со експерти од Советот на Европа во 1995), кој беше донесен во 1998 година, и неговите измени и дополнувања во 2002 година, и Предлог-законот за извршна постапка (учествувал во експертиза на Предлог-законот за извршна постапка со експерти од Советот на Европа во 1996), кој беше усвоен во 1997 година, а учествувал и во работните групи за изготвување на Законот за парнична постапка од 2005 година и сите негови измени и дополнувања до 2015 година и измените на Законот за извршна постапка од 2000 и од 2003 година, и во работните групи за измени и дополнувања на Законот за извршување од 2005 година и Законот за извршување од 2016 година. Бил член и на работната група за изготвување нов Закон за парнична постапка, кој е во собраниска постапка (2023). Во 2007 година, го изготвил Предлог на Законот за обезбедување на побарувањата со предлог-закон, усвоен во 2007 година, а во 2008 година изготвил Предлог на Законот за вонпарнична постапка со предлог-закон, усвоен во 2008 година. Во 1998 година, изготвил Предлог за изменување и дополнување на Законот за вршење нотарски работи со Предлог-закон, усвоен во 1998 година, а учествувал во работните групи за изготвување измени и дополнувања на Законот за вршење на нотарските работи од 1996, 2002 и 2006 година, како и во работната група за изготвување на Законот за нотаријат во 2007 година и сите негови измени и дополнувања од 2008, 2009 и 2011 година и Законот за нотаријат од 2016 и измените од 2018 година. Во 2006 година, изготвил Предлог на Законот за меѓународна трговска арбитража на Република Македонија со предлог-закон, усвоен во 2006 година (заедно со помладиот колега Тони Дескоски). Други закони во кои неговото учество имало влијание се: Законот за стечај, Законот за трговските друштва, Законот за залог на подвижни предмети и права, Законот за договорен залог, Законот за договорна хипотека, Законот за Централен регистар, Законот за индустриска сопственост, Законот за премер и катастар, Законот за денационализација и други закони.

Професорот Јаневски раководел или учествувал во повеќе научноистражувачки и апликативни проекти на Правниот факултет (види библиографија). Со свои реферати учествувал на домашни и на меѓународни научни собири (види библиографија).

Бил член на Правниот совет на Владата на Република Македонија (2001 – 2006), член на работната група за изготвување на Граѓански кодекс на Република Македонија, член на Комисијата за изготвување на семејниот кодекс на Република Македонија, член на Форумот за граѓанско право на Југоисточна Европа (претставник од Република Македонија). Исто така, бил претседател на Комисијата за полагање нотарски испит (1998 – 2008), претседател на Комисијата за полагање на испит за извршители (2008 – 2014 и 2019 – 2022) и претседател на Стручниот совет на Комората на извршители (2012 – 2017). Активно бил вклучен и во издавачката дејност како: главен и одговорен уредник на неколку зборници во издание на Правниот факултет во Скопје, член на Редакцијата на Годишникот на Правниот факултет во Скопје, член на Уредувачкиот одбор на „Civil Law Forum for South East Europe“, Volume I Скопје 2012 и Volume II Скопје 2012, член на Уредувачкиот одбор на зборниците на трудови од I, II, III, IV, V меѓународно советување „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteoriska međunarodno i praktična dostignuća“, Правен факултет на Универзитетот во Сплит, 2015, 2016, 2017, 2018 и 2019, и член на Програмскиот одбор на VI, VII, VIII (2020, 2021 и 2022) меѓународно советување „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteoriska i praktična dostignuća“, Правен факултет на Универзитетот во Сплит, член на Издавачкиот совет на списанието „Pravo – teorija i praksa“, Нови Сад, член на Издавачкиот совет на стручното списание „Правник“ од 2011 година и на Уредувачкиот одбор на списанието „Деловно право“, член на Издавачкиот совет на ОП Просветно дело – Скопје, член на меѓународната редакција на Зборникот на трудови на Правниот факултет во Мостар, член на Уредувачкиот одбор на меѓународното тримесечно списание за правна теорија и практика „Европски правник“, Нови Сад.

За време на неговиот престој во САД, во Остин, главниот град на државата Тексас, професорот Јаневски имал и посета на Конгресот, каде што од тогашниот гувернер на државата Тексас, г. Џорџ Буш помладиот, на 18 јули 1997 година, е прогласен за почесен граѓанин на државата Тексас, при што му е врачена и посебна повелба.

Скопје, јули 2023

Проф. д-р Татјана Зороска-Камиловска

III БИБЛИОГРАФИЈА

Универзитетски учебници

1. Граѓанско процесно право, книга прва, Парнично право, Скопје 2009, 552 стр. (коавторство со Т. Зороска Камиловска);
2. Граѓанско процесно право, книга втора, Вонпарнично право, Скопје, 2010, 194 стр. (коавторство со Т. Зороска Камиловска);
3. Граѓанско процесно право, книга трета, Извршно право, Скопје, 2011, 254 стр. (коавторство со Т. Зороска Камиловска);
4. Граѓанско процесно право, книга прва, Парнично право, второ изменето и дополнето издание Скопје 2012, 551 стр. (коавторство со Т. Зороска Камиловска);
5. E drejta procedurali civili, Libri i pare, E drejta kontestimore, Shkup, 2009, 476 п. (Fakulteti Juridik- Univerziteti i EJT), (коавторство со Т. Зороска Камиловска);

Монографии

6. Способноста да се биде странка и парничната способност како основни својства кои ја определуваат положбата на странката во парничната постапка, магистерски труд, Правен Факултет, Скопје, 1979 година, 142 стр.;
7. Приватизација на градежното земјиште – правни аспекти, д-р С. Георгиевски и група автори, Монографија, издание на Правниот факултет во Скопје, 1994, стр. 97;
8. Обезбедување на побарувањата според Законот за обезбедување на побарувањата, Скопје, 2010, 93 стр. (коавторство со Т. Зороска Камиловска);
9. Жалба против пресуда во парничната постапка, докторска дисертација, Правен факултет Скопје, 1991 година, 290 стр.;
10. Основи на судско трауматолошкото вештачење, Фонрензична трауматологија, доц. д-р Виктор Камилоски и соработници, Скопје, 2012, Глава „Вештачење во парничната постапка“ стр. 107-123 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
11. Новините во Законот за извршување од 2016 година со измените и дополнувањата од 2018 и 2020 година, Правен Факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, Скопје, 2021 (коавторство со Т. Зороска Камиловска и М. Ракочевик); 74 стр.

Брошури

12. Интелектуална сопственост во економијата, Државен завод за индустриска сопственост Република Македонија, SOIP, Скопје, 2011, стр. 89 (брошура, коавторство со Ј. Дабовиќ-Анастасовска, Б. Давитковски, Н. Здравева, Н. Гавриловиќ);
13. Улогата на застапниците во системот на заштита на правата од интелектуалната сопственост, Државен завод за индустриска сопственост Република Македонија, SOIP, Скопје, 2011, стр. 51 (брошура, коавторство со Ј. Дабовиќ-Анастасовска, Б. Давитковски, Н. Здравева, Н. Гавриловиќ);
14. Развојот на правото на интелектуалната сопственост во Република Македонија – усогласување со правото на ЕУ и со Европската патентна конвенција – Државен завод за индустриска сопственост Република Македонија, SOIP, Тетово – Скопје, 2011, стр. 65 (брошура, коавторство со Ј. Дабовиќ-Анастасовска, Б. Давитковски, Н. Здравева, Н. Гавриловиќ);

Статии

15. Извршна исправа и други основи за извршување, Збирка на трудови „Примена на Законот за извршна постапка“ – Скопје, 1979 год.;
16. Признавање на способноста да се биде странка со посебни прописи и со одлука на суд, Годишник на Правниот факултет – Скопје, том XXVI, 1981, Скопје, 1982, стр. 305-317;
17. Ревизија, Годишник на Правниот факултет во Битола, 1982, Година IV, број 3 и 4, Битола, 1982, стр. 219-237;
18. Ревизија во постапката по брачни спорови, Правна мисла, Скопје, стр. 527-534;
19. Стварна и месна надлежност на судовите во СФРЈ во семејните и наследно-правните односи, објавен на полски јазик во Зборник на трудови во издание на Правниот факултет во Катовице, НР Полска, 1985 год.;
20. Ново процесно право – измени и дополненија на Законот за процесна постапка кои се однесуваат на редовната парнична постапка, Збирка на трудови за советување под наслов „Примена на новото процесно и извршно право“, Републички секретаријат за правосудство и управа, Правен Факултет – Скопје, Врховен суд на Македонија, Скопје, декември, 1990, стр. 1-21;
21. Стварно-правен третман на земјиштето во општествена сопственост и на правата врз него во процесот на продажбата на претпријатијата со општествен капитал, Скопје, 1993, група автори (студија во коавторство);
22. Граници на испитување на првостепената пресуда, Годишник на Правниот факултет во Скопје, том XXXV 1992/93 стр. 151-164;
23. Истакнување нови факти и нови докази во жалба против пресуда,

- Годишник на Правниот факултет во Скопје, том XXXVI, 1994/95 Скопје, 1995, стр. 41-52;
24. Дозволеност на жалба во процесната постапка, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година I. бр. 1, февруари, 1995, Скопје, стр. 51-65;
 25. Навременост на жалба, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година I. бр. 2-3 мај 1995, Скопје, стр. 107-122;
 26. Содржина на жалбата (целосност на жалбата), Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година I. бр. 4 декември 1995, Скопје, стр. 72-79;
 27. Потреба од воведување нотаријат во Република Македонија, Зборник на трудови на Правниот факултет во Скопје – Конституирање на Република Македонија како модерна правна држава, Скопје, 1995, стр. 382-389;
 28. Некои процесно-правни аспекти на предлогот за донесување на Законот за денационализација, Правник бр. 35/1995 (Специјален прилог), стр. 19-22;
 29. Процесна способност на правните лица, Зборник во чест на Александар Христов, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен Факултет – Скопје, Скопје, 1996, стр. 111-119;
 30. Промена на странките во парницата, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година II. бр. 5 март 1996, Скопје, стр. 42-51;
 31. Donošenje, objavlјivanje i pismena izrada presude po Zakonu o parničnom postupku i sudskoj praksi, Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Postojeće i buduće pravo, 10 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 12, Beograd, 1996, Godina XIV. tom IV, str. 557-567;
 32. Повреда на правилата за процесните претпоставки кои се однесуваат на судот, Зборник: Слободите и правата на човекот и граѓанинот во Република Македонија, Потпроект на научниот проект: Конституирање на Република Македонија како модерна правна држава, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет, Скопје, декември 1996, стр. 207-219;
 33. Повреда на правилата за процесните претпоставки кои се однесуваат на странките, Зборник во чест на Иво Пухан, Правен факултет Скопје, 1996, стр. 177-190;
 34. Новини во извршното право на Република Македонија, Правник бр. 67/97, стр. 5-9;
 35. Признавање и извршување на странски арбитражни одлуки, Годишник на Правниот факултет во Скопје, Том XXXVII, 1996/1998, Скопје, 1997, стр. 147-168;
 36. Исклучување и изземање на судија, Зборник, Независното судство и правната држава – Потпроект на научниот проект: Конституирање на Република Македонија како модерна правна држава, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет – Скопје, декември 1997, стр. 159-172;

37. Донесување, објавување и писмена изработка на пресудата според Законот за парничната постапка и судската практика, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година III, бр. 3-4, ноември 1997, Скопје, стр.77-91;
38. Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka „Pravni Život“ Časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Моќ i nemoć prava, 12 godina Koraoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, br. 12, Beograd, 1998, tom IV, str. 345-361;
39. Јазикот во арбитражната постапка како причина за непризнавање на арбитражна одлука – по повод еден случај од бугарската арбитражна практика, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година IV. бр. 2 / 98, Скопје, стр. 53-64;
40. Jezik arbitraže kao razlog za neizvršenje i poništaj arbitražne odluke, Pravo u gospodarstvu, časopis za gospodarsko-pravnu teoriju i praksu, Godište XXXVII. svezak 1, Zagreb, veljača 1998, str. 139-148;
41. Language of Arbitration as a Ground for Non - Enforcement and Setting Aside, Croatia Arbitration Yearbook, Zagreb, vol.5, Year 1998, str.101-109;
42. Законот за парничната постапка и ненавременото донесување и изготвување на пресудите како можна причина за судење во неразумен рок, Зборник на трудови – Јавно и приватно право, Педесет години на Универзалната декларација за човековите права, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет, Скопје, декември 1998, стр. 303-320;
43. Закон о извршном поступку из 1978 године и нови Закон о извршном поступку Републике Македоније, Универзитет у Нишу, Правни факултет, Двадесет година Закона о извршном поступку, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу, 12 марта 1999. Ниш, 1999, стр. 107-115;
44. Извршност, Правник, Стручно списание, бр. 92/99, стр. 8-12;
45. Полномошно и видови полномошна, Правник, стручно списание, бр. 96/2000, стр. 2-8;
46. Правна помош во граѓанските работи според договорот за правна помош склучен помеѓу Република Македонија и Република Хрватска за граѓанските и кривичните предмети, „Развитокот на правниот и политичкиот систем на Република Македонија“, Зборник на трудови – Универзитет „Св.Кирил и Методиј,“ Правен факултет, Скопје, 2000, стр. 203-219;
47. Претпоставки за признавање и извршување на странски арбитражни одлуки, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година 1, број 2, Скопје, ноември 2000, стр. 77-89;
48. Измените и дополнувањата на Законот за договорна хипотека и реализација на договорната хипотека Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година 1. бр. 2, Скопје, ноември 2000, стр. 263-277;
49. Судско право, Теорија на правото, проф. д-р Димитар Бајалциев, Скопје, 2000;

50. Фидуцијарен пренос на правото на сопственост како средство за обезбедување на побарувањата на доверителите, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година 1, Број 1, Скопје, јуни, 2000, стр. 107-135;
51. Улогата на нотарите според Законот за договорна хипотека и новелата на Законот за извршната постапка, Правник, Стручно списание, бр. 101/2000, стр. 8-14;
52. Закон za zalog pokretnina i prava – Makedonski model, Javni Biljeznik, Časopis Hrvatske Javnobilježničke komore, Zagreb, br. 10/2000, str. 11-18;
53. Правна помош во граѓанските работи според договорот за правна помош склучен помеѓу Република Македонија и Република Хрватска за граѓанските и кривичните предмети, Зборник на трудови „Prvi Zagrebačko-Skopski pravni kolokvij“ Pravni fakultet Sveučilište u Zagrebu, Загреб, 2001, стр. 119-133;
54. Дали е дозволена ревизија во постапките по споровите од работните односи според Законот за парнична постапка на Република Македонија, Годишник на Правниот факултет во Скопје, 1999/2001, том 39, книга II/III. стр. 49-66;
55. Нотарската дејност во Република Македонија, Нотариус, Стручно списание на Нотарската комора на Република Македонија, Година I. бр. 1, 2001, стр. 24-36; и во Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година VII. бр. 1, март, 2001, Скопје, стр. 82-100;
56. Die notartaetigkeit in der Republik Makedonien, Нотариус, Стручно списание на Нотарската комора на Република Македонија, Година I. бр. 1, 2001, стр. 24-36;
57. Novine u makedonskom izvršnom pravu, Univerzitet u Nišu, Pravni Fakultet „Novi Zakon o izvršnom postupku“ - Zbornik radova sa naučno-stručnog skupa održanog na Pravnom fakultetu u Nišu, 17. маја 2001, Ниш, 2001, стр. 89-119;
58. Релативни суштествени повреди на одредбите на парничната постапка, Правник, Стручно списание, бр. 107, Година X, март 2001, стр. 2-6;
59. Постапка за засновање на залог според Законот за залог на подвижни предмети и права, Зборник на трудови во чест на Асен Групче, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет, Скопје, 2001, стр. 139-159;
60. Право на жалба и нејзините карактеристики, Зборник на трудови во чест на животот и делото на Стеван Габер, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет, Скопје, 2001, стр. 217-235;
61. Постапка по жалба, Правник, Стручно списание, бр. 109, Година X. мај 2001, стр. 2-6;
62. Повреда на правилата за одлучувањето, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година VII. бр. 2, јуни, 2001, Скопје, стр. 25-38;

63. Осврт на некои одредби од предлогот за донесување Закон за договорен залог и хипотека, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година II. бр.3/4, Скопје, јуни 2001, стр. 75-93.
64. Review of some provisions of the proposal for enactment of the law on contractual pledges and mortgages, Business Law, A magazine about the Theory and Practice of the Law, Year II, No 3-4, Skopje, June 2001, str. 417-429;
65. Одлуки на второстепениот суд по жалба, Правник, Стручно списание, бр.111/112, Година X, јули/август 2001, стр. 11-18;
66. Извори на парничното право на Република Македонија, Зборник во чест на Никола Сотировски и Владимир Картов, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет, Скопје, 2001, стр. 281-299;
67. Redovni pravni lekovi protiv rešenja za izvršenje donetog na osnovu izvršne isprave, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i ljudske vrednosti, 14 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 12, Beograd, 2001;
68. Новиот Предлог-закон за договорен залог и хипотека, Билтен на Министерството за финансии, бр. 10 / 2001, Скопје, октомври, 2001, стр. 45-52;
69. Осврт на некои одредби од Законот за градежно земјиште, Билтен на Министерството за финансии, бр. 12/2001, Скопје, декември, стр. 57-62;
70. Жалба во извршната постапка, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година VIII. бр. 1/2002, Скопје, стр. 93-107;
71. Бриселската конвенција (конвенција за надлежност и извршување на судските одлуки во граѓанските и трговските предмети), како извор на граѓанското процесно право на Европската Унија, Евроинтеграција на правниот, политичкиот и општествениот систем на Република Македонија, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2002, стр. 241-253;
72. Процесна легитимација на акционерите за побивање на апсолутно ништавните правни дела на акционерското друштво склучени со трето лице, Правник, Стручно списание, бр. 123 / 124, Година XI. јули/август 2002, стр. 2-10 (коавторство со Ранко Максимовски);
73. Новине у погледу редовних правних лекова у македонском извршном праву, Универзитет у Приштини, Зборник радова, Правног факултета у Приштини, са седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2002, стр. 26-39;
74. Uпотреba jezika pred sudom u parničnom postupku u Republici Makedoniji, “Pravni život” Casopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i svetski poredak, 15 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 12, Beograd, tom IV, 2002, str. 115-129;
75. Употреба на јазикот пред судот во парничната постапка во Република Македонија, евроинтеграција – идеи, состојби, Зборник на трудови, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен Факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2002, стр. 55-75, и во Судиска ревија, Здружение на

- судиите на Република Македонија, Година VIII. бр. 3/2002, Скопје, стр. 105-129;
76. Процесна легитимација во парнична постапка, Зборник по повод 80 години од раѓањето и во спомен на Васил Гривчев, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2002, стр. 91-101;
 77. Реализација на залогот според Предлог-законот за договорен залог, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година III. бр. 7, Скопје, јуни 2002, стр. 63-87;
 78. Обезбедување на побарувањата на доверителите со пренос на сопственост на предмети и пренос на права според Законот за изменување и дополнување на Законот за извршната постапка, Универзитет у Нишу, Правни факултет, Зборник радова Правног факултета у Нишу XLII, 2002, стр. 77-105;
 79. Новини во доставувањето според ЗПП, Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во чест на Димитар Поп Герогиев, том 40, 2002/2003, Скопје, стр. 188-203;
 80. Прирачник за набљудување на судења, Коалиција – Сите за правично судење, (коавторство, Г. Калајџиев, Е. Андреевска, Г. Бужаровска, Т. Пеливанов, Ј. Глигоровска, С. Гројтер, Н. Коруновска), Т. П. Студио Емитер, Скопје, април 2003, 80 стр.;
 81. Doracak per mbikqyrje te gjykimeve, Коалиција-Сите за правично судење, Te gjithe per gjykime te drejta (коавторство, Г. Калајџиев, Е. Андреевска, Г. Бужаровска, Т. Пеливанов, Ј. Глигоровска, С. Гројтер, Н. Коруновска), Студио Емитер, Скопје, април 2003, 80 стр.;
 82. Реализација на залогот – Осврт на некои одредби од Законот за договорен залог, Правник, Стручно списание, бр. 134/2003, стр. 12-17;
 83. Право на тужба, запирање на поостапката и одлагање на реализацијата – втор дел, Правник, бр. 137 / 2003, стр. 2-8;
 84. Регистрација на трговските друштва, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година IV. бр. 9 Скопје, мај 2003, стр. 39-55;
 85. Судска заштита на правата на акционерите и содружниците, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година IV. бр. 10 Скопје, октомври 2003, стр. 239-259;
 86. Законот за договорен залог и реализација на залогот, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година IX. бр. 3 / 2003, стр. 144-171;
 87. Uloga notara u rasterećenju sudova u vanparničnim stvarima u Republici Makedoniji, Zbornik radova “Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije”, Pravni Fakultet u Nišu, Institut za pravna i društvena istraživanja, Katedra za građanskopravne nauke, Niš, maja 2003, str. 35-49;
 88. Vanparnični poslovi koje bi sud mogao da poveri notarima, Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i demokratska kultura, 16 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 12, Beograd, tom IV, 2003, str. 57-73;

89. Procesna legitimacija dioničara za pobijanje pravnih poslova sklopljenih između dioničkog društva i trećih osoba, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, povodom 70 godina Prof. Dr. Sc. Petar Simoneti, suplement br.3, Rijeka, 2003, str. 237-250;
90. Управител на наследничка заедница, Зборник во чест на проф. д-р Миле Хаџи Василев, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен Факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2004, стр. 51-65 (коавторство со Г. Станковиќ);
91. Новини кои се предлагаат во постапката пред првостепениот суд содржани во Предлогот за донесување на нов Закон за парнична постапка, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година X. бр. 3/2004, Скопје, стр. 151-168;
92. Iznošenje novih činjenica i predlaganje novih dokaza prema Predlogu za donošenje novog Zakona o parničnom postupku, Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i kulturne razlike, 17 godina Koraoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 12, Beograd, tom IV, 2004, str. 101-111;
93. Новини кои се предлагаат во Предлогот за донесување на Закон за парничната постапка, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, година V. бр. 12 Скопје, ноември 2004, стр. 247-285;
94. Permanent Arbitration Court at the Macedonian Chamber of Commerce, Croatian Arbitration Yearbook, Vol.11, Year 2004, Zagreb, p. 139-149;
95. Арбитражата во Република Македонија, Проект „Техничка помош за изработка на трговски закони“, – Работилница „За Закон за меѓународна трговска арбитража“, Скопје, 2.4.2004, стр. 1-8;
96. За меѓународната трговска арбитража, Пристап кон Европската Унија – Изработка на економското законодавство – Прирачник, Министерство за економија, Скопје, 2004, стр. 97-105 (коавторство со Т. Дескоски);
97. Вонпарнични работи кои судот би можел да му ги довери да ги врши нотар, Зборник на трудови од меѓународен симпозиум: „Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација“, Proceedings of the international symposium „Contemporary law, legal science and the Justinian’s Codification” том 2, волумен 2, Скопје, 2004, стр. 155-170;
98. Постапка за упис во трговскиот регистар според новиот Закон за трговските друштва, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година V. бр. 11, Скопје, мај 2004, стр. 23-38;
99. Периодичен извештај за проектот, Набљудување на имплементацијата на меѓународните стандарди за правично судење во домашните судови и проценка за функционирање на судството во Република Македонија, јули 2003 – јануари 2004, Скопје, мај 2004, 52 стр. (коавторство со Љ. Арнаудовски);
100. Завршен извештај на проектот, Набљудување на имплементацијата на меѓународните стандарди за правично судење во домашните судови и проценка за функционирање на судството во Република Македонија, јули 2003 – јули 2004, Скопје, септември 2004, 88 стр. (коавтор-

- ство со Љ. Арнаудовски, Р. Максимовски, Г. Калајџиев, Г. Бужаровска и Ј. Цветковска);
101. Postupak za upis u trgovački registar prema novim ZTD RM, - Verfahren für die Eintragung ins Handelsregister nach dem neuen Gesetz über die Handelsgesellschaften der Republik Mazedonien, Зборник на трудови: Das Cavteter Symposium Beitrage zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den Staaten Sudosteuropas, на GTZ, Edition Temmen 2005, стр. 31-38 (на српски јазик), и стр. 39-49 (на германски јазик);
 102. Парничното и вонпарничното право на Република Македонија и нивниот натамошен развој, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година XI. бр. 1/2005, Скопје, стр. 199-225;
 103. Мерки за забрзување на парничната постапка според Предлогот на Законот за парнична постапка, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година VI. бр. 13 Скопје, мај 2005, стр. 133-160;
 104. За причините за донесување на Закон за меѓународна трговска арбитража во РМ, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година XI. бр. 3/2005, Скопје, стр. 63-74, и бр. 4 / 2005 стр. 63-82 (коавторство со Т. Дескоски);
 105. Мере за убрзање парничног поступка у предлогу за доношење новог закона о парничном поступку у Републици Македонији, Зборник радова научне конференције „Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније“, Универзитет у Нишу, Правни факултет Ниш, 17 мај 2005, стр. 261-283;
 106. Novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije i uloga izvršioca, Pravni Život, Časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i univerzalne vrednosti, 18 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 12, Beograd, 2005, том IV, стр.233-246;
 107. Апстракт од презентацијата на работилницата за меѓународна арбитража во решавањето на трговските спорови, Усогласување на трговското законодавство – Постоечка ситуација и идни предизвици, Министерство за економија, Скопје, 2005. стр. 53-68 (коавторство со Т. Дескоски); Проект финансиран од ЕУ, управуван од Европската агенција за реконструкција;
 108. Party Against Whom an Application for Setting Aside an Arbitral Award may be Made-a Case from Macedonian Arbitral Practice, Croatian Arbitration Yearbook, Vol.13. year 2006, Zagreb, p. 241-256;
 109. Странка против која може да се поднесе тужба за поништување на арбитражна одлука, Годишникот на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во чест на Стрезо Стрезовски, Скопје, 2006, том 41, стр. 153-167; и во Судиска ревија, Здружение на судиите од Република Македонија, Година XII. бр. 3-4/2006, Скопје, стр. 13-33;
 110. Ко може бити тужена странка у поступки за поништај арбитражне одлуке - поводом једног случаја из македонске арбитражне праксе, Зборник радова-Научна конференција „Функционисање правног система Републике Србије“, Ниш, 18 мај 2006, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006, стр. 115-131;

111. Новини во доставувањето според ЗПП, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година VII. бр.16, Скопје, октомври 2006, стр. 381-398;
112. Извршување заради обезбедување на побарувањата, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година VII. бр. 16, Скопје, октомври 2006, стр. 361-377;
113. Новини во жалба според Законот за парнична постапка, Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во чест на Тодорка Оровчанец, том 42, Скопје, 2006, стр. 148-163;
114. Потреба од реформи на организацијата на судството во Република Македонија, „Владеењето на правото и реформите во судската власт и безбедносните владини структури, Демократски клуб, Скопје, 21 април 2006 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
115. Novi Zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži u Republici Makedoniji, 14. Hrvatski dani Arbitraže i mirenja, Zagreb, 2006, стр.1-21 (коавторство со Т. Дескоски);
116. Осврт на некои решенија на новиот Закон за извршување, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година XII. бр. 1/2006, Скопје, стр. 53-73.;
117. Новини во Законот за парничната постапка, Парничната постапка во практиката, Здружение на правниците во стопанството на РМ, Скопје, 15 февруари 2006 година, стр. 5-57;
118. Ново извршно право на Република Македонија, Деловно право, Часопис за теорија и практика на правото, Година VII. бр. 15 Скопје, мај 2006 год., стр. 219-239;
119. Меѓународна трговска арбитража во Република Македонија, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година VII. бр. 15 Скопје, мај 2006, стр. 247-272 (коавторство со Т.Дескоски);
120. Институционални модели за персоналната независност на судството - споредбеноправни разгледувања со посебен осврт на Република Македонија, Зборник од научната расправа: Законската рамка на судската реформа во Република Македонија, Универзитет „Св. Кирил и Методиј,“ Скопје, 2006, стр. 96-111 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
121. Апстракт од презентацијата на работилницата за меѓународна арбитража во решавањето на трговските спорови, Усогласување на трговското законодавство – постоечка ситуација и идни предизвици, Скопје, 2006, стр. 53-68, (коавторство со Т. Десковски);
122. Abstracts from the presentation to the workshop on international commercial arbitration, Approximation of trade legislation, Prevailing Situation and Future Challenges, Skopje, 2006, p.51-65 (with T. Deskoski);
123. For an international commercial arbitration law, Access to european union - Law reform and approximation in the field of economy, Skopje, 2006, p. 89-96, (with T. Deskoski);
124. O dopuštenosti revizije u parnicama iz radnih odnosa po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije – Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Godina 56-br. 2-3, Zagreb, 2006. str. 425-441;

125. Dostavljanje po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i humana budućnost, 19 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, Broj 12, Beograd, 2006 godina, str. 33-48;
126. Novi zakon o izvršenju RM i uloga izvršioca, European Lawyer Journal, "Evropski pravnik" Međunarodni tromesečni časopis za pravnu teoriju i praksu, Novi Sad, januar 2007, br. 1/2007, str. 89-101;
127. Новини во Законот за парнична постапка кои се однесуваат на застапувањето на странките преку полномошник, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година XIII. бр. 1-2/2007, Скопје, стр. 46-63;
128. Атхезионо решавање на граѓанскоправни спорови во казнена постапка, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, во чест на Панта Марина, Скопје, 2007, стр. 348-364 (коавторство со Т.Зороска-Камиловска);
129. Жалба според ЗПП, Правник, Стручно списание, бр. 181/2007, стр.12-14 и 39 и продолжение во Правник, Стручно списание, бр. 182 / 2007, стр. 8-11;
130. Новине у жалби по Закону о парничном поступку, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Зборник радова, Меѓународна научна конференција, „Примјена Закона о парничном поступку у Босни и Херцеговини и региону“, Пале, 2007, стр. 119-138;
131. Застапување преку полномошник според ЗПП, Зборник, Развојот на државата и правото во Руската Федерација и во Република Македонија;
132. Uloga notara u zasnivanju i realizaciji ugovornog zaloga po Zakonu o ugovornom zalogu, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Zbornik radova, Peto međunarodno savjetovanje, "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse" (Neum, 22.,23. i 24. lipnja 2007. godine), Mostar, 2007 стр. 121-133;
133. Граѓанско-судска заштита на авторското право и сродните права во Република Македонија, Темпус заеднички европски проект: „Кон ЕУ стандарди за авторското право и сродните права,“ (ТЕМПУС ЈЕП 19076-2004), Авторско право и сродни права – Домашна и меѓународна теорија и практика, Правен факултет „Јустинијан Први,“ во Скопје, Центар за образование за интелектуална сопственост, Скопје, 2007, стр. 519-533 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
134. Zastupanje stranaka preko punomoćnika po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, Pravni Zivot, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i sloboda, 20 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, broj 13, Beograd, 2007, tom V, str.535-550;
135. The New Law on International Commercial Arbitration of the Republic of Macedonia, Croatian Arbitration Yearbook, Zagreb, Vol. 14, Year 2007, p. 89-105, (koavtorstvo so T. Deskoski);
136. Привремени мерки, Деловно право, Часопис за теорија и практика на правото, Година IX. бр.18 Скопје, мај 2008, стр.201-220;

137. Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine na stvari i prenosom prava po Zakonu o obezbeđenju potraživanja, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Zbornik radova, Šesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ (Neum 20, 21 i 22, lipnja 2008), Mostar, 2008 str.70-80;
138. Privremene mere po Zakonu o obezbeđenju potraživanja Republike Makedonije, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj „Pravo i međunarodne integracije, 21 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 13, Beograd, 2008, tom V, str. 421-437;
139. Obezbeduvanje na pobaruvaњata со пренос на сопственост на предмети и пренос на права според Законот за обезбедување на побарувањата, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година IX. бр.18 Скопје, мај 2008, стр. 221;
140. Privremene mere po Zakonu o obezbeđenju potraživanja Republike Makedonije, – Liber amicorum – Thomas Meyer – Zbornik radova povodom uspešne saradnje- Kopaonička škola prirodnog prava- Udruženje pravnika Srbije, 2009, str. 239-257;
141. Реализација на обезбедените побарувања според Законот за договорен залог и според Законот за обезбедување на побарувањата, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година X. бр. 20, Скопје, мај 2009, стр. 197-228;
142. Европски платен налог, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје Република Македонија, Правен факултет „Јустинијан Први“ Втор скопско-загрепски правен колоквиум, Скопје, ноември 2008, Зборник на трудови, Скопје, 2009, стр. 55-73 (коавторство со Т. Зороска-Камилоска);
143. Привремени мерки, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје Република Македонија, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“, во Скопје, во чест на проф. д-р Стефан Георгиевски, Скопје, 2009, стр. 80-96;
144. Потребa од растоварување на судовите од неспорни работи, Македонска академија на науките и уметностите – Проект „Хармонизација на правниот систем на Република Македонија со правото на Европската Унија“ – Реформа на институциите и нејзиното значење за развојот на Република Македонија, Зборник од научната расправа одржана во Скопје на 18 декември 2008 година, книга 5, Скопје, 2009, стр. 123-141 и во Судиска Ревизија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година XV. бр.1-2 / 2009, Скопје, стр. 41-63 и во Нотариус, број 12, стр. 30-40;
145. Потребa од растоварување на судовите од неспорни работи, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје Република Македонија, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, во чест на проф. Д-р Тодор Џунов, Liber Amicorum, Professor Todor Dzunov, Скопје, 2009, стр.522-538.;

146. Potreba da se sudovi rasterete od nespornih stvari, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Zbornik radova, Sedmo međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ (Neum 12,13 i 14,lipnja 2009), Mostar, 2009, str. 57-65;
147. Potreba da se sudovi rasterete od nespornih stvari, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj „Pravo i vreme“ 22 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 13, Beograd, 2009, Tom V, str .513-528;
148. Европска извршна исправа за неспорна потраживања, - Право Републике Србије и право Европске Уније - стање и перспективе, Зборник Радова, Свеска II, (The Law of the Republic of Serbia and the EU Law-current state affairs and perspectives“ Vol. II), Ниш, 2009, стр.27-45 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
149. Заштита на правата на акционерите (Ништавост на одлука на орган на управувањето и на собранието), Деловно право, Издание за теорија и практика на правото, Година XI. бр. 22 Скопје, мај 2010, стр.165-189;
150. Постапка за обезбедување на побарувањата, Правник, Стручно списание, бр.222/2010, стр. 49-53 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
151. Protection of stockholders rights (Nullity of the decision of the management body and the assembly), Faculty of Law - University of Belgrade, - Private law reform in South East Europe- Liber amicorum Christa Jessel – Holst - Belgrad, 2010, p. 81-98;
152. Нови систем извршења по новом Закону о извршењу Македоније, Актуелне тенденции у развоју и примени европског континенталног права, Тематски Зборник радова, Свеска II (The Curent tendencies in the Development and Application of the European-Continental Law, thematic collection of papers, Vol.II), Ниш, 2010, стр.99-122, (во коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
153. Varstvo pravic delničarjev (ničnost sklepov organov vodenja in skupščine, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Šime Ivanjko-Liber Amicorum, Maribor, 2010, str.57-72);
154. Types of contractual security rights in movable property, objects that can be predged, claims that can be secured - Comparative and legal survey of countries - Serbia, Macedonia, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Montenegro and Albania, Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses: First Regional Conference, Cavtat, 2010, Volume II, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010, knjiga II. Beograd, 2010, p.275-279;
155. Vrste ugovornih stvarnopravnih osiguranja na pokretnim stvarima, objekti koji mogu biti založeni, potraživanja koja mogu biti osigurana-Komparativno-pravni pregled zemalja - Srbija, Makedonija, BiH, Hrvatska, Crna Gora, Albanija, Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses: First Regional Conference, Cavtat,

- 2010, Volume II, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu: Izbor radova i analiza: Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010, knjiga II, Beograd, 2010, str.303-307;
156. Non possessory Security interest in Movables and Rights in the Law and Practice of the Republic of Macedonia, Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses: First Regional Conference, Cavtat, 2010, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu: Izbor radova i analiza: Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010, knjiga II, Beograd, 2010, Volume II, Beograd 2010, p.11-35. (koavtorstvo so T. Zoroska-Kamilovska);
157. Nesvojinski sigurnosni interes u pokretnoj imovini i pravima u zakonu i praksi Republike Makedonije, Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses: First Regional Conference, Cavtat, 2010, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu: Izbor radova i analiza: Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010, knjiga II, Beograd, 2010, str. 145-168;
158. Rešavanje prethodnih vprašanja v nepravедnem postopku Republike Makedonije, LeXonomica-Revija za pravo in ekonomijo, Vol. II, No.2, pp. 319-333, December 2010, Maribor, Slovenija, (koavtorstvo so T. Zoroska-Kamilovska);
159. Zaštita prava akcionara-Ništavost odluke organa upravljanja i skupštine, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i prostor, 23 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, broj 12 Beograd, 2010, Tom IV, str. 21-40;
160. Realizacija na обезбедените побарувања според Законот за договорен залог и според Законот за обезбедување на побарувањата, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, во чест на проф. д-р Никола Матовски, Скопје, 2011, стр.735-763;
161. Апсолутно битне повреде одредаба Закона о парничном поступку-повреде правила о одлучивању, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Меѓународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“ Зборник радова, Прва свеска, Косовска Митровица, 2011, стр. 47-61;
162. Измените во парничното, вонпарничното и извршното законодавство на Република Македонија во светлото на актуелните трендови за забрзување на постапките, Скопје, Деловно право, Издание за теорија и практика на правото, Година XII. бр. 24 Скопје, мај 2011, стр.15-62 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
163. Измените во Законот за парничната постапка и во Законот за извршување и нивното влијание врз работата на нотарите, Скопје, Нотариус, Година 11, Број 19, декември 2011, стр. 34-51 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
164. Прибавувањето на докази во странство како облик на меѓународна правна помош во Република Македонија, Зборник на трудови – Деветта конференција за меѓународно приватно право – Најнови тенденции во европското меѓународно приватно право – Предизвици за законодавците на земјите на Југоисточна Европа, 21 септември 2011,

- Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје 2011, стр. 59-75 (коавторство со Т. Штерјова);
165. Protivizvršenje u Republici Makedoniji-problemi i dileme, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, Sarajevo, br.1/2011, str. 34-40 (koavtorstvo so T. Zoroska-Kamilovska);
 166. Recognition and Enforcement of Foreign Court Decision, Cross-border delivery of Documents and Bankruptcy Procedure with Foreign Elements in the Law and Practice of the Republic of Macedonia“ Regional Conference on Accession West Balkan Countries to Lugano Convention, 19-20 July 2011, Sarajevo, BiH (Conference Papers) (with T.Zoroska-Kamilovska);
 167. Dozvoljenost revizije prema Zakonu o izmenama i dopunama ZPP Republike Makedonije iz 2010 godine, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski broj, Pravo i odgovornost, 24 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije, br.11, Beograd, 2011, tom III, str. 733-749;
 168. Međupresuda u parničnom postupku, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Zbornik radova, Deseto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ (Neum, 22., 23. i 24. lipnja 2012 godine), Mostar, 2012. str. 53-62, (koavtorstvo so T.Zoroska-Kamilovska);
 169. Notarial Deeds in International Legal Relations-with a Special Review of the Macedonia Legislature and Practice, in: „Cross-border civil proceedings in the EU“ (Conference Papers, Dr. Vesna Rijavec - Dr. Tjaša Ivanc (ed.), Pravna Fakulteta, Maribor, Slovenija, 2012, p. 31-45, indexed in Thomson Reuters-Web of science (with T.Zoroska-Kamilovska);
 170. Измените во парничното и извршното законодавство на Република Македонија, предизвиците и проблемите во нивната примена со предлози за подобрување на состојбите de lege frienda, Деловно право, Списание за теорија и практика на правото, Година XIII, бр.26/2012, стр.7-53 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
 171. The New Rules of the Permanent Court of Arbitration Attached to the Economic Chamber of Macedonia, Croatian Arbitration Yearbook, Vol.19, Year 2012, Zagreb, str. 193-205;
 172. Liability for legal defects-comparative review of legislation-Serbia, Macedonia, Croatia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, Albania (vo koavtorstvo so Z. Rašović), Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses: Second Regional Conference, Skopje, 2012, Volume I, str. 93-104;
 173. Odgovornost za pravne nedostatke-Komparativno-pravni pregled zemalja-Srbija, Makedonija, Hrvatska, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, Albanija, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu: Izbor radova i analiza: Druga regionalna konferencija, Skopje, Decembar 2012, Knjiga II, str.87-100 (koavtorstvo so Z. Rašović);
 174. Rešenje kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave doneto od notara, Zbornik radova IX tradicionalnog međunarodnog naučnog skupa „Pravnički dani prof. Dr. Slavko Carić“, „Savremene

- tendencije u razvoju pravnih sistema država u regionu“ (ed. By. Ass. Prof. Marijana Dukic-Mijatović), Novi Sad 2012, str. 346-362 (koavtorstvo so T. Zoroska-Kamilovska);
175. Саслушање странака у функцији доказног средства у парничном поступку, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици – Правни факултет – Научни скуп са међународним учешћем: „Правне норме у времену и простору“ Прва свеска, Косовска Митровица, 2012, стр. 77-92 (коавторство со М. Ракочевиќ);
176. Notar kao poverenik suda u postupku za raspravljanje zaostavštine, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski broj „Pravo i moral“ 25 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, br. 12, Beograd, 2012, tom IV, str. 5-21;
177. Воведувањето на нотаријатот во Република Македонија, придобивките од него и неговиот натамошен развој, Нотарска комора на Република Македонија, 15 години нотарско работење во Македонија развој и работа, Нотариус, Број 24, јуни 2013, година 13, стр. 28-38;
178. Изведување доказ со сослушување на страните во парничната постапка, Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во чест на Љиљана Спировиќ Трпеновска, Скопје, 2013, стр. 17-34 (коавторство со М. Ракочевиќ);
179. Обезбедување на наплатата на побарувањата со задолжницата – паралели меѓу македонското и хрватското право и практика, Зборник на трудови, Четврти Скопско-загребски правен колоквиум, Скопје, август 2013, стр. 27-49 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
180. Обезбедување на наплатата на побарувањата со задолжницата – паралели меѓу македонското и хрватското право и практика Zbornik radova X tradicionalnog naučnog skupa “Pravnički dani Prof. Dr. Slavko Carić” (The Collection of Papers of the 10 th traditional international Counseling, “Legal Days Prof. Slavko Carić, Ph.D”), Aktualnosti privredne legislative kao determinante razvoja ekonomija država u regionu, priredila Prof. Dr. Marijana Dukić- Mijatović, Pravni Fakultet za privredu u pravosuđe Univerziteta Privredna akademija Novi Sad (Current economic legislation as determinants of economies of the countries in the region, edited by: Associate Prof. Marijana Dukić- Mijatović. Ph.D.), Novi Sad 2013, str. 98-112, UDK: 336.717.13:(497.7+497.13) (koavtorstvo so T. Zoroska Kamilovska);
181. Efficiency of the civil justice systems-the challenge to strike a balance between the inputs and the results of the system, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет- Научни скуп са међународним учешћем „Меѓународно хуманитарно право“ Косовска Митровица 2013, стр. 319-335, (коавторство со Т. Штерјова);
182. Sudska kontrola izvršenja u Republici Makedoniji, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Zbornik radova, Jedanaesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ (Neum, 21, 22 i 23 Lipnja 2013 godine), Mostar, 2013, str. 61-72 (vo koavtorstvo so T. Zoroska-Kamilovska);

183. Uloga notarijata kao javne službe u rasterećenju sudova u vanparničnom postupku-makedonska perspektiva, Правна ријеч, Часопис за правну теорију и праксу, бр. 36/2013, Година X, Бања Лука, 2013, стр. 313-326 (коавторство со М.Ракочевиќ);
184. Dostava prema Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije i njegovim Novelama – Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, In Honorem Mihajlo Dika, godina 63, broj 3-4, Zagreb, 2013, str. 633-657;
185. Dostava prema Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije i njegovim Novelama – Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku-Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Evrope – Liber amicorum, Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. Dr. Sc. Mihajla Dike, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 851-875;
186. Обавезе са више дужника или поверилаца и извршење према солидарним дужницима, Зборник радова: Међународног научног скупа: „Хармонизација грађанског права у региону“ одржаног 2012 на Палама – Источно Сарајево, 2013, стр. 411-428;
187. Dejudicialization of the enforcement function-Comparative legal review of the states of the region Albania, BiH, Macedonia, Serbia, Croatia and Montenegro- Civil Lav Forum for South East Europe Collection of studies and analyses, Third Regional Conference, Tirana, 2013, Skopje, January 2014, p. 401-407;
188. The Notary service in charge of unburdening the courts: comparative report, Civil Lav Forum for South East Europe Collection of studies and analyses Third Regional Conference, Tirana, 2013, Skopje, January 2014, p.501-517 (коавторство со М. Povlakić);
189. Protivizvšenje prema Zakonu o izvršenju Republike Makedonije -Otvorena pitanja i dileme, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski broj „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“ 27 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, br. 12, Beograd, 2014, tom IV, str.19-32 (коавторство со Т. Zoroska-Kamilovska);
190. Ediktalno dostavljanje u parničnom postupku, – Научни скуп са међународним учешћем – „Право и друштвена стварност“ Косовска Митровица, 2014, стр. 47-60, (коавторство со М. Ракочевић);
191. Ovlašćenja ili dužnost stranaka da raspravljaju pred sudom, posledice pasivnosti stranaka u parničnom postupku, Zbornik radova: Међународног научног скупа: „Vladavina prava i pravna država u region“ одржан 26 октобра 2013 године на Палама – Источно Сарајево, 2014, стр. 339-358 (коавторство со М. Ракочевиќ);
192. Patologija arbitražnih klauzula sa osvrtom na praksu Stalnog izbranog suda-Arbitraže pri Privrednoj komori Makedonije, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Zbornik radova – Dvanaesto међународно саветовање „Aktualnosti грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“ (Neum 20, 21 i 22 lipnja 2014), Mostar, 2014, str.110-121 (коавторство со Т. Zoroska-Kamilovska);
193. Историски осврт и сегашниот статус на македонскиот нотаријат, Нотарска комора на Република Македонија – Нотариус, број 26, ноември 2014, година 14, стр. 25-37;

194. Најновите измени во парничното законодавство на Република Македонија според Новелата на Законот за парнична постапка од 2015 година (Latest novelties in the civil litigation legislation of Republic of Macedonia according to the civil procedure act amendments from 2015), Деловно право, Издание за теорија и практика на правото, Година XVI, бр.33, Скопје, 2015, стр. 59-82 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска и М. Ракочевик);
195. Нацрт-закон за нотаријатот (декември 2012), Нотарска комора на Република Македонија, Нотариус, број 27, април 2015, година 15, стр. 75-87;
196. Правни лекови против решение со кое се дозволува извршување врз основа на веродостојна исправа донесено од нотар, Нотарска комора на Република Македонија, Нотариус, број 27, април 2015, година 15, стр. 97-118;
197. Нотарската дејност и карактерот на постапките кои што се водат пред нотар, (Notarial activity and character of procedures before a notary public), Нотарска комора на Република Македонија, Нотариус, број 28, декември 2015, година 15, стр. 7-31 (коавторство со М. Ракочевик);
198. Полномошно и видови на полномошна кои се среќаваат во работењето на нотарите, Нотарска комора на Република Македонија, Нотариус, број 28, декември 2015, година 15, стр. 33-50;
199. Изземање на нотар, Нотарска комора на Република Македонија, Нотариус, број 28, декември 2015, година 15, стр. 51-63;
200. Pravni lekovi protiv rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave doneto od javnog bijležnika, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Zbornik radova – Trinaesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ (Neum, 12,13 i 14 lipnja 2015. godine), Mostar, 2015, str. 41-50;
201. Pravni lekovi protiv rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave doneto od javnog bijležnika, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Zbornik radova s međunarodnog savjetovanja – „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća., 19. i 20. studenog 2015. godine, Split, 2015, str. 15-37;
202. Pravni lekovi protiv rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave doneto od notara, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i autonomija ličnosti, 28 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, broj 11, Beograd, 2015 Tom III. Str. 581-602;
203. Новините во Законот за извршување од 2016 година (Novelties in the enforcement act of 2016), Деловно право, Издание за теорија и практика на правото, Година XVI, Бр. 35, Скопје, 2016, стр. 7-64 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска и М.Ракочевик);
204. Izuzeće javnog beležnika, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i društveni imperativi, 29 godina Kopaoničke škole

- prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, broj 11, Beograd, 2016. Tom III. str. 593-608;
205. Izuzeće javnog bilježnika, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Zbornik radova, Četrnaesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ (Neum, 17., 18. i 19. lipnja 2016. godine), Mostar, 2016, str. 64-72;
206. Zakon o izvršenju iz 2005. godine i novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije iz 2016. godine, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Zbornik radova s II. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ 21. i 22. listopada 2016. godine, Split, 2016, str. 27-58;
207. Нотарот, доверлива трета страна (The notary, a trusted third party) Нотарска комора на Република Македонија, Нотариус, број 30, декември 2016, година 16, стр.7-44 (коавторство со М. Ракочевиќ);
208. Арбитражна одлука и окончање арбитражног поступка са освртом на правила Постојаног избраног суда – Арбитраже при Привредној комори Македоније (Arbitral award and termination of arbitration proceedings with particular overlook of the rules of the permanent court of arbitration attached to the economic chamber of Macedonia), Liber Amicorum Gašo Knežević, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Udruženje za arbitražno pravo, Beograd, 2016, стр. 438-453 (коавторство со М. Ракочевиќ);
209. Враќање во поранешна состојба и повторување на постапката против решение кое го донел нотар врз основа на веродостојна исправа Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Скопје, во чест на проф. д-р Марјан Марјановски, Скопје, 2017, том 56, стр. 113-131;
210. Javnobilježnički platni nalog, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Zbornik radova s III. međunarodnog savjetovanja – „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ 26. i 27. listopada 2017. godine, Split, 2017, str. 51-76;
211. Najnovije izmene u parničnom zakonodavstvu Republike Makedonije u domenu posebnih parničnih postupaka prema Noveli Zakona o parničnom postupku iz 2015 godine, (Latest amendments in Macedonian civil procedure regarding the separate civil proceeding according to the amendments of civil procedure act from 2015), Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума, стр. 479-490, Источно Сарајево, 2017 (коавторство со М. Ракочевиќ);
212. Javnobeležnički platni nalog, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravedno pravo i stvarnost, 30 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, broj 12, Beograd, 2017. Tom IV. Str. 19-39;
213. Prekid postupka za raspravljanje zaostavštine poverenog javnom beležniku, Pravni Život, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj, Pravo i zapovest razuma, 31 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Udruženje pravника Srbije, broj 11, Beograd, 2018. Tom III. Str. 631-650.

214. Prekid postupka za raspravljanje ostavine od javnog bilježnika, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Zbornik radova s IV. međunarodnog savjetovanja – „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuć“ 25. i 26. listopada 2018. godine, Split, 2018, str. 39-58;
215. Прекин на постапката за расправање на оставината од нотар, Камбовски, Liber Amicorum, Македонска академија на науките и уметностите, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, 2019, стр. 359-382. Прекин на постапката за расправање на оставина, Нотарска комора на Република Македонија, Нотариус, број 34, ноември 2018, година 18, стр. 45-74;
216. Ефикасност на граѓанската постапка во Македонија, Зборник на трудови, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје, 2018 година (коавторство со Т. Штерјова);
217. Rješenje o javnobilježničkom platnom nalogu i prigovor prema noveli Zakona o javnom bolježništvu iz 2018 godine, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Zbornik radova s V. međunarodnog savjetovanja – „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ 17. i 18. listopada 2019. godine, Split, 2019, str. 39-69;
218. Решение за издавање на нотарски платен налог и приговор против решението со кое е издаден нотарски платен налог, Нотарска комора на Република Северна Македонија, Нотариус, број 35, октомври 2019, година 19, Скопје, 2019, стр. 44-66;
219. Режимот на дозволеност на ревизија во парничната постапка со осврт на судската практика на Врховниот суд на Република Северна Македонија (Regime of admissibility of review in litigation procedure with regard to the practice of the supreme court of Republic North Macedonia), Деловно право, издание за теорија и практика на правото, година XX, бр. 41, Скопје, 2019, стр. 119-138 (коавторство со Т. Зороска-Камилувска и М. Ракочевик);
220. Начело саслушања странака у парничном поступку (The adversarial principle in civil litigation), Зборник радова „Право и вриједности“ Научни скуп одржан на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сараево, 2019, стр. 277-291 (коавторство со М. Ракочевик);
221. Обврски со повеќе должници и извршување, Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, во чест на Гале Галев, Скопје 2020; Том 59, Скопје 2019, стр. 341-356.

Научноистражувачки проекти

1. Природните катастрофи и граѓанското право, 1972 – 1982. билатерален проект: Правен факултет во Скопје, РМ и Правен факултет во Софија, Р Бугарија (завршен);
2. Учество во проектот: Политичко-правен речник на македонски јазик, Проект на МАНУ (незавршен);

3. Уредувањето на семејните и наследните односи во внатрешното и меѓународното приватно право на СФРЈ и НР Полска, 1983 – 1985 (Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет – Скопје и Универзитет во Катовице – Правен факултет, Катовице;
4. Основни принципи на граѓанското процесно право, Научноистражувачки проект Правен факултет Скопје – Правен факултет, Прага, 1987 – 1990;
5. Конституирање на Република Македонија како модерна правна држава, Универзитет „Св. Кирил и Методиј,“ – Правен факултет, Скопје, 1991 (тековен);
6. Стварно-правен третман на земјиштето во општествена сопственост и на правата врз него во процесот на продажба на претпријатијата со општествен капитал, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ – Правен факултет, Скопје, 1993;
7. Приватизација на градежното земјиште – правни аспекти, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ – Правен факултет, Скопје, 1994 (завршен);
8. Евроинтеграција на правниот, политичкиот и општествениот систем на Република Македонија, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ – Правен факултет, Скопје, 1999 (тековен);
9. Center for legal clinics at the Faculty of law - Skopje, with support of Open Society Institute and ABA/CEELI – Центар за правна клиника на Правен факултет – Скопје, 1999 – 2002, 2003 – 2004, Член на бордот и раководител на правната клиника за граѓанско право;
10. Monitoring project – coalition “All for a fair trial” with support of CIDA and OSCE. Набљудување на имплементацијата на меѓународните стандарди за правично судење во домашните судови и проценка за функционирање на судството во Република Македонија, јули 2003 – јули 2004, Скопје;
11. Техничка помош за поддршка на создавање на Институт за судии, проект на ЕУ – Изработка на легислатива за школа за судии и обвинители, Локален тимлидер на проектот, Скопје, септември 2004 – октомври 2005;
12. Темпус проект: „ЕУ-право на индустриска сопственост – градење на институции, во делот судска заштита на правата од индустриска сопственост“ 2004 – 2005;
13. УСАИДпроект: „Корпоративно управување и трговските друштва“ 2004 – 2005. Студија во рамките на проектот на ГТЗ – Србија: „Стање и системи евиденције непокретности и права у Републици Македоније“, април 2005;
14. World Bank Project: Cadastre and Real Estate Registration, component “Security of Property Rights“ Катастар на недвижности и регистрација, мај – октомври 2004, 2006, Локален тимлидер на проектот;
15. ТЕМПУС-проект „Кон ЕУстандарди за авторското и сродните права“, (2005 – 2007). Учесник и предавач на обуките (основна и напредна), во делот на судска заштита на авторското право и сродните права, во периодот 29 март 2006 – 20 мај 2007;

16. Регионални последипломски студии по деловно право на Европската Унија (Regional master studies on EU business law) на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, поддржани од ГТЗ (GTZ), одржани предавања и спроведени испити за подрачјето Процесно право на ЕЗ, 2006 – 2007 (реализиран);
17. Билатерален научноистражувачки проект „Европски извршен наслов и неговото влијание на процесното право на Словенија и Македонија“, меѓу Правниот факултет при Универзитетот во Марибор, Словенија, и Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, Република Македонија, во периодот 2007 – 2008. Раководител на истражувачкиот тим на проектот;
18. Проект „Хармонизација на правниот систем на Република Македонија со правото на Европската Унија“ – Реформата на институциите и нејзиното значење за развојот на Република Македонија (МАНУ), Скопје 2009;
19. Темпус програма (144582) “Regional Master Degree in Intellectual Property Law”, 2009 – 2011;
20. GIZ – “Civil Law Forum for South East Europe” 2009 – 2013;
21. Approximation of Trade Legislation-Prevailing situation and the future challenges; Проект финансиран од Европската Унија, управуван од Европската агенција за реконструкција „Усогласување на трговското законодавство – постоечка ситуација и идни предизвици“;
22. Меѓународен проект Balkans Enforcement Reform Project (BERP), за поддршка на земјите од Западен Балкан (Албанија, БиХ, Србија, Црна Гора, Хрватска, Македонија и Косово) во реформите на нивните системи на извршување, поддржан од Владата на Холандија во соработка со Union Internationale des Huissiers de Justice (UIHJ) и Open Regional Fund for Legal Reforms of GIZ, 2011;
23. Проект: Влада на Република Македонија – Изработка на Граѓански законик на Република Македонија, 2011. Член на Комисијата (тековен);
24. Модели за едукација на нотари и извршители во регионот на Југоисточна Европа, Регионален проект – SEELS – Установа за координација и поддршка на активности на Мрежата на правни факултети на Југоисточна Европа – Центар на мрежа на правни факултети на Југоисточна Европа, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 1 август – 31 декември 2015;
25. Drafting of The Law on Notaries of Macedonia 2012, Project Number: 06.2078.01-16.00;
26. Реформи во судството, Меѓународен проект МАНУ – БАН, 2015 – 2016.

Апликативни проекти – стручни правни мислења

1. Приватизација на АД „Топлификација“ – Скопје, апликативен проект, коавтор;

2. Агрокуманово – Куманово: „Прифатливи прирачни заштитни клаузули при вршењето на меѓународен промет на стоки и стоковни услуги“, апликативен проект, коавтор;
3. Јавното претпријатие „Електростопанство на Република Македонија“ Скопје, Проект: Тарифен систем за продажба на електрична енергија, Експертиза на предлог- тарифниот систем за продажба на електрична енергија, раководител на апликативниот проект, 1996, коавтор;
4. ПОС „Рудници и железарница“, Скопје, Стручно правно мислење, Анализа на постапката на судот по тужба кога е договорена надлежност на арбитража, 1996;
5. Приватизација на деловниот комплекс Градски трговски центар – Скопје, со основање на акционерско друштво и продажба на неговите акции од државна во приватна сопственост на физички и правни лица, Скопје, апликативен проект, 1997, коавтор;
6. Студија за видот и карактерот на сопственоста на деловниот простор АД Градски трговски центар – Скопје, апликативен проект, 1997, коавтор;
7. Апликативен проект МХК „Злетово“ АД Велес, Експертско правно мислење за заснованиот и реализираниот залог и хипотека врз имотот на АД „МХК „Злетово“ Велес и правните последици од реализацијата на залогот и хипотеката врз останатите должничкодоверителски односи на АД МХК „Злетово“ Велес со трети лица, 2001, коавтор;
8. Стручно правно мислење во врска со Решението на Владата на Република Македонија и Решението на Агенцијата на Република Македонија за приватизација со кои се поништува сопственичката трансформација на „Фершпед“ АД Скопје, 2002, коавтор;
9. Агенција за приватизација на Република Македонија, Стручно правно мислење „Дали е можна контрола на приватизацијата на претпријатијата во РМ“, коавтор;
10. Агенција за приватизација на Република Македонија, Стручно правно мислење за приватизацијата на „Европа“ АД Скопје, коавтор;
11. Агенција за приватизација на Република Македонија, Стручно правно мислење во врска со прашањето за заштита на правата на поранешните сопственици и нивните правни наследници во процесот на трансформација на „Европа“ АД Скопје, коавтор;
12. Стручно правно мислење за правото на трансформација на градежното земјиште кое го користи „Скопски пазар“ Акционерско друштво во приватна сопственост за услуги во прометот и трговија увоз-извоз, 2002, коавтор.
13. АД „Скопски пазар“, Стручно правно мислење: „Дали е можна контрола на приватизацијата согласно со измените на Законот за трансформација на претпријатијата со општествен капитал“, коавтор.
14. Стручно правно мислење за клаузулите за применливо право и надлежен суд, односно арбитража на Договорот за заеднички проект за обезбедување на поштенски и поштенско банкарски услуги во Република Македонија склучен во 2002 година помеѓу Министерство-

- то за транспорт и врски на Република Македонија и CANADA POST INTERNATIONAL LIMITED, 2003, коавтор;
15. Експертско правно мислење за Договорот за редовен авиопревозник на Република Македонија, склучен помеѓу Владата на РМ и МАТ, ноември 2004 година, коавтор;
 16. Стручно правно мислење – Дали правосилна пресуда донесена од суд во Република Македонија со која е утврдена невестинитост на исправа би можела да претставува основ поради кој евентуално судот би донел одлука со која би го одбил барањето за признавање и извршување на странска судска (арбитражна) одлука во постапка пред суд во Република Македонија, ЕЛ.П.ЕТ- Balkanike, Societe Anonyme Petroleum Trading And Investment, Kifisias 199-Marousi- Atina - Подружница Скопје, 2004;
 17. Стручно правно мислење за Предлогот за донесување на Закон за едношалтерскиот систем и за водење на трговскиот регистар и регистар на други правни лица со предлог-закон, проект: „Едношалтерски систем за регистрација“, Централен регистар – Скопје, 2005;
 18. Правна анализа на општите услови (интерни правни правила) на компанијата „Конрад систем инженеринг Б.В.“ од Холандија и понудените нацрт-договори од неа за продажба на опрема, пренесување на трајно користење лиценци и пренос на знаења и искуства (know how) во врска со реализацијата на Проектот на Владата на Република Македонија за воведување берза на земјоделски производи во Република Македонија, стручно правно мислење со предлог правни клаузули, коавтор;
 19. Експертско правно мислење – Комерцијална банка АД Скопје: „Од какво влијание е промената на правниот режим на градежното земјиште од право на користење во право на сопственост, на засновано заложно право врз недвижен имот (објекти), особено во постапката за реализацијата на заложното право“, 2008, коавтор.
 20. Стручно правно мислење за ЕВН „Македонија“ АД Скопје, за Договорот за уредување на меѓусебните односи на АД ЕСМ Скопје, АД ЕЛЕМ Скопје и АД ТЕЦ „Неготино“, 2009, коавтор;
 21. Експертско правно мислење (студија) – Анализа на релевантните правни прописи според кои е спроведена постапката за приватизација на АД „Фершпед“ Скопје, 2009, коавтор;
 22. Стручно правно мислење за правните можности за разрешување на правата ситуација настаната во врска со тендерот ЈН бр. 1/2009 „Проектирање и изградба на објект за термичка обработка на посебен одпад“, распишан од страна на Министерството за животна средина и просторно планирање како договорен орган и правната положба на понудувачот РИКО, индустриски и градежен инженеринг ДОО Љубљана, 2009, коавтор;
 23. Стручно правно мислење за барањето за продолжување на рокот за завршување на работите и за приспособување на цените од договорот за градење од страна на РИКО, индустриски и градежен инженеринг ДОО Љубљана, до АД ЕЛЕМ Скопје, согласно со претходно дадено-

- то правно мислење од Институтот за компаративно право при Правниот факултет во Љубљана и применливото македонско матријално право, 2009, коавтор;
24. Стручно правно мислење за барањето за надомест на материјална штета поради пречекорување на рокот за изградба на објектот ХЕЦ „Света Петка“, поднесено од страна на АД ЕЛЕМ Скопје до РИКО, индустриски, градежен инженеринг и лизинг ДОО Љубљана, 2010, коавтор;
 25. Стручно правно мислење за правни прашања поставени од Комисијата за решавање на споровите (ДАБ) што се однесуваат на барањата на РИКО, индустриски, градежен инженеринг и лизинг ДОО Љубљана за продолжување на рокот за завршување на работите и за приспособување на цените, како и барањата на АД ЕЛЕМ Скопје за надомест на матријална штета поради пречекорување на рокот за изградба и издавање гаранција за исполнување, 2010, коавтор;
 26. Стручно правно мислење за потенцијалните побарувања според македонското право што за ЕВН АГ од Австрија произлегуваат или се во врска со Договорот за купопродажба на акции во државна сопственост на АД „Електростопанство на Македонија“ спрема Владата на Република Македонија, 2010, коавтор;
 27. Стручно правно мислење за правната судбина на Договорот за концесија за детални геолошки истражувања на минерални суровини на локалитетот с. Долно Лисиче Општина Аеродром, имајќи предвид дека станува збор за земјоделско земјиште за кое се склучени договори за долготраен закуп, 2011, коавтор;
 28. Стручно правно мислење – Друштво за производство на топлинска енергија Производство на топлина „Балкан енерџи“ ДООЕЛ Скопје, за следните прашања: 1. Дали е дозволено засновање на заложно право врз побарувања кои произлегуваат од договор за закуп, а договорот за закуп не содржи извршна клаузула и не е солемнизиран од нотар односно не е составен во форма на нотарски акт? 2. Дали може да се спроведе извршување врз основа на договор за регистриран залог врз побарувања, за коишто нема извршна исправа? 3. Дали може да се спроведе извршување врз основа на договор за заем или за закуп кој не содржи извршна клаузула?, 2015, коавтор;

Учество на советувања, реферати и излагања на научни и стручни собири

1. Извршна исправа и други основи за извршување, Реферат на Советување за Законот за извршна постапка во организација на Министерството за правосудство на СР Македонија, Струга, 1979;
2. Ново процесно право – измени и дополненија на Законот за процесна постапка кои се однесуваат на редовната парнична постапка, Реферат на советување „Примена на новото процесно и извршно право“, во организација на Републичкиот секретаријат за правосудство и упра-

- ва, Правен факултет – Скопје, Врховен суд на Македонија, Скопје, декември, 1990;
3. Закон за денационализација, Соопштение на советување за Законот за денациолизација, во организација на Здружението на правници од стопанството на Република Македонија, Струга, 11-13 ноември 1993;
 4. Правни средства, субјекти и постапки во процесот на трансформација на општествените претпријатија, Реферат на советување во организација на Правниот факултет во Скопје и КИМ консалтинг од Скопје, 17 и 18 март 1994;
 5. Осврт на некои процесни одредби содржани во Законот за семејство, Реферат на Советување на тема: „Семејното законодавство во Република Македонија“, Струга, мај 1994;
 6. Улогата на судот во разрешувањето на проблемите што се јавуваат при уписите во судскиот регистар на организирањето на правните субјекти предвидени во Законот за трансформација на претпријатијата со општествен капитал, Советување во организација на Врховниот суд на Република Македонија и Стопанскиот суд на Македонија, Скопје, 4 октомври 1995;
 7. Заштита на правата на субјектите во постапката за трансформација на претпријатијата со општествен капитал, Соопштение изложено на „Недела на правото, на Правниот факултет во Скопје, 15-17 ноември 1994;
 8. Некои процесно-правни аспекти на предлогот за донесување на Законот за денационализација, Реферат на Советување во организација на Правниот факултет во Скопје, 8. декември 1994;
 9. Постапките во Предлог-закон за трговските друштва, Реферат на расправа по работниот текст на Предлог-закон за трговските друштва, Охрид, 16-18 ноември 1995;
 10. Арбитражното право во Република Македонија по нејзиното осамостојување, Соопштение изложено на Советување во организација на постојаниот избран суд при Стопанската комора на Република Хрватска, Загреб, 8-9 декември 1995;
 11. Засновање на заложно право со спогодба на странките, Реферат на Семинар во организација на Здружението на правниците од стопанството на тема: „Обезбедување на побарувањата“, Скопје, 14 март 1996;
 12. Закон за трансформација на претпријатијата и задругите со општествен капитал кои стопанисуваат со земјоделско земјиште, учество на Тркалезна маса на 35. средба на Здружението на правници од стопанството на Р Македонија, Струга, 6-8 јуни 1996;
 13. Les lenteurs des procedures civiles et penales et la maniere de les combattre, Извештај за состојбите во Република Македонија, Мултилатерален собир организиран од Советот на Европа во соработка со Министерството за правда на Полска, Варшава, 28 септември – 2 октомври 1996;
 14. Учество на Советување во организација на Постојаниот избран суд при Стопанската комора на Хрватска на тема: „Арбитражата во по-

- стдејтонска Хрватска и БиХ“, Загреб, 5 и 6 декември 1996;
15. Donošenje, objavljivanje i pismena izrada presude po Zakonu o parničnom postupku i sudskoj praksi, Реферат на 10. Советување на Копаоничката школа на природното право, Копаоник, 13-17 декември 1996;
 16. Предностите на арбитражното решавање на споровите, Реферат на советување во организација на Стопанската комора на Македонија на тема: „Трговска арбитража“ Скопје, 18 декември 1996;
 17. Признавање и извршување на странски арбитражни одлуки, Реферат на меѓународно Советување во организација на Здружението на правници од стопанството на Р Македонија, Постојаниот избран суд при Стопанската комора и Центарот за финансиски инженеринг во развој од САД на тема: „Признавање и извршување на странски арбитражни одлуки“, Охрид 29-30 мај 1997;
 18. Законот за вршење на нотарски работи – негова примена, Реферат на Советувања во организација на Министерството за правда и Здружението на правници од стопанството, Скопје, Штип и Битола, 1997;
 19. Новини во извршното право на Република Македонија, Реферат во организација на Здружението на правниците од стопанството на Р Македонија, Струга, 23-25 октомври 1997;
 20. Jezik arbitraže kao razlog za neizvršenje i poništaj arbitražne odluke, Реферат на Советување во организација на Постојаниот избран суд при Стопанската комора на Р Хрватска, „Пети хрватски арбитражни данџи“, Загреб, 4 и 5 декември 1997;
 21. Некои отворени прашања во Предлог-законот за залог, Соопштение на Тркалезна маса во организација на УСАИД, Скопје, 8 и 9 јануари 1998;
 22. Правна помош помеѓу Република Македонија и Република Хрватска, Реферат на Советување во организација на Хрватски правни центар, Загреб, 27-28 февруари 1998;
 23. Предлогзакон за залог, Тркалезна маса во организација на Стопанската комора на Македонија, учество со соопштение, Скопје, февруари 1998;
 24. Обезбедување на побарувањата, Тркалезна маса во организација на CIFED, учество со соопштение, Скопје, февруари 1998;
 25. Постапка за засновање на рачна залога во Предлог-законот за залог на подвижни предмети и права, Реферат на 39. средба на правниците од стопанството на Република Македонија, на теми Усогласувањето на Законот за трговски друштва и Рачна залога, Охрид, 14, 15 и 16 мај 1998;
 26. Кои спорови можат да се решаваат пред арбитража, Реферат на Советување во организација на USAID и Стопанската комора на Македонија на тема: „Арбитража“ Скопје, јуни 1998;
 27. Воедначување на праксата на нотарите во Република Македонија при примената на Законот за вршење на нотарските работи и Правилникот за нотарската тарифа, излагање на Стручно советување на нотарите, Скопје, 3 септември 1998;

28. Улогата на нотарите во обезбедувањето на побарувањата на доверителите, Реферат на Меѓународно советување во организација на Советот на Европа, Министерството за правда и Нотарската комора на Р Македонија, Скопје, 24 и 25 октомври 1998;
29. Осврт на некои одредби од Законот за парнична постапка, Реферат на Советување во Организација на Здружението на правници од стопанството, Охрид, 29-31 октомври 1998;
30. Признање и извршење страних арбитражних одлука, Реферат на Советување 12 година Копаоничке школе природног права, Копаоник, 13-17 децембар 1998;
31. Потреба од усогласување на материјалните закони со Законот за вршење на нотарските работи, Реферат на советување во организација на Нотарската комора на Р Македонија, Скопје, 6 јануари 1999;
32. Закон о извршном поступку из 1978 године и нови Закон о извршном поступку Републике Македоније, Реферат на Меѓународно научен стручен собир на Универзитетот во Ниш – Правни факултет Ниш, на тема: „Двадесет година Закона о извршном поступку“, Ниш, 12 март 1999;
33. Постапка за засновање и престанок на рачната залога според Законот за залог на подвижни предмети и права, Реферат на Семинар во организација на Здружението на судиите на Република Македонија во соработка со УСАИД/Македонија – Проект за трговско право – Центар за финансиски инжинеринг во развој, ИНК, на тема: „Заложно право на подвижни предмети и права“, Кавадарци, 6 април 1999;
34. Новини кои се предлагаат во Законот за извршна постапка, Реферат на Советување во организација на Здружението на правници од стопанството, Охрид 20-22 мај 1999;
35. Новини кои се предлагаат во Законот за извршната постапка, Реферат изложен на Стручно советување на нотарите, Охрид 11, 12 и 13 јуни 1999;
36. Полномошно и видови на полномошна кои се среќаваат во нотарското работење, Реферат изложен на Стручно советување на нотарите, Струга, 26, 27, 28 јуни, 1999;
37. Клаузула на извршност, излагање на Стручно советување на нотариите, Струга, 26, 27, 28 јуни, 1999 година;
38. Реализација на договорна хипотека, Реферат на Советување во организација на Министерството за правда и Здружението на банкарите, Скопје, 3.12.1999;
39. Дали доделувањето на лиценца за постојано приредување на игри за среќа е управен акт во смисла на член 6 став 2 од Законот за управни спорови, Соопштение на Општа седница на Врховниот суд на Република Македонија одржана на 6 март 2000;
40. Фидуцијарен пренос на правото на сопственост како средство за обезбедување на побарувањата на доверителите според Предлогот на Законот за измени и дополнувања на ЗИП, Реферат на Советување на 43. средба на Здружението на правници од стопанството на Р Македонија, Охрид, јуни 2000;

41. Улогата на нотарот според Законот за договорна хипотека и Новелата на ЗИП, Реферат на советување во организација на Нотарската комора на Р Македонија, Охрид, 15-17 септември 2000;
42. Закон о залогу покретнина и права – Македонски модел, Реферат на Меѓународна конференција за заложен регистар и обезбедување на побарувањата, во организација на Министерството за правда на Р Хрватска, Правниот факултет од Загреб и Консултантската фирма BOOZ-ALLEN & HAMILTON INC, Загреб, 16-18.10.2000;
43. Правна помош во граѓанските работи според Договорот за правна помош склучен помеѓу Република Македонија и Република Хрватска за граѓанските и кривичните предмети, Реферат на Загрепско-скопскиот колоквиум во организација на Правниот факултет во Загреб, Загреб, 19 и 20 октомври 2000;
44. Нотарската дејност во Република Македонија и потребата од измените на Законот за вршење на нотарските работи, Реферат изложен на Меѓународно стручно советување на нотарите во организација на Нотарската комора на Р Хрватска и Нотарската комора на Р Македонија, Скопје, 3-5 ноември 2000 година;
45. Претпоставки за признавање и извршување на странски арбитражни одлуки, Реферат на 44. средба на Здружението на правници од стопанството на Р Македонија, Струга, 9, 10 и 11 ноември 2000;
46. Измени и дополнувања на Законот за договорна хипотека и реализација на хипотека, Реферат на 44. средба на Здружението на правници од стопанството на Р Македонија, Струга, 9, 10 и 11 ноември 2000;
47. COLPI/PILI Meeting on Clinical Legal Education For the Countries of the Former Yugoslavia, Skopje and Ohrid, Macedonia, November 16-19, 2000 (учество во дискусија);
48. Нотарска делатност у Републици Македонији, Реферат на Советување на Копаоничка школа природног права, Копаоник, 13-17, декември 2000;
49. Презентација на заложниот регистар на Република Македонија, одржана на Правниот факултет во Љубљана, во организација на Владата на Република Словенија, Правниот факултет во Љубљана и Нотарската комора на Република Словенија, Љубљана, 28 март 2001;
50. Новине у Македонском извршном праву, Реферат на Научно-стручен собир на Правниот Факултет во Ниш, на тема: „Нови Закон о извршном поступку“, Ниш, 17 мај 2001;
51. Осврт на некои одредби од Предлог-законот за договорен залог и хипотека, Реферат на Советување на 45. средба на Здружението на правници од стопанството, Охрид, 7-9 јуни 2001;
52. Учество на меѓународно советување за правна клиничка едукација, Сараево, 31 мај – 3 јуни 2001;
53. Учество на Светски конгрес на Унијата на латинскиот нотаријат во Атина, Атина, 30 септември – 4 октомври 2001;
54. Учество на меѓународно советување за правна клиничка едукација, Рига, Латвија, 24-28 ноември 2001;

55. Осврт на некои одредби од Законот за градежно земјиште, Реферат на Стручно советување на нотарите, Скопје, 1 декември 2001 година;
56. Редовни правни лекови против решења за извршење донетог на основу извршне исправе, Советување на 14 години на Копаоничката школа на природното право, Копаоник, 13-17 декември 2001;
57. Fifth Annual Colloquium on Clinical Legal Education, Учество на меѓународен семинар за клинички програми, Варшава, Полска, 14-18 ноември 2002;
58. Новине у погледу редовних правних лекова у македонском извршном праву, Реферат на меѓународно советување во организација на Универзитетот во Приштина – Правен факултет во Приштина со седиште во Косовска Митровица, Косовска Митровица, 2002;
59. Реализација на залогот според Предлогот на Законот за договорен залог, Реферат на 47. средба на Здружението на правници од стопанството, Охрид, 6, 7 и 8 јуни 2002;
60. Употреба језика пред судом у парничном поступку у Републици Македонији, Реферат на Советување 15 години на Копаоничка школа на природното право, Копаоник 13-17 декември 2002;
61. Општ осврт на Законот за договорен залог. Реализација на заложното право, Реферати на Советување во организација на Здружението на правниците од стопанството на Република Македонија, USAID Macedonia Corporate Governance and Company Law Project и Американската правна асоцијација – Правна иницијатива за Централна Европа и Евроазија на тема: „Законот за договорен залог“, Скопје, 22 март 2003;
62. Семинар за едукација на правници за мониторинг на судењата, во организација на невладини организации – Транспарентност и др, Охрид, 15-18 мај 2003 и 22-25 мај 2003 година;
63. Регистрација на трговските друштва, Реферат на Советување на 49. Средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Струга, 29 -31 мај 2003;
64. Улога нотару у растерећењу судову у ванпарничним стварима у Републици Македонији, Реферат на Советување на Правниот факултет во Ниш на тема: „Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије“, Ниш, 30 мај 2003;
65. Ванпарнични работи кои судот може да му ги довери да ги врши нотар, Реферат на меѓународно советување во организација на Нотарската комора на Република Македонија, Скопје, 14 јуни 2003;
66. Clinical Legal Education in Macedonia, Презентација на Правниот факултет на Универзитетот „Колумбија“ САД, 4 септември 2003 (коавторство со Г. СилјановскаДавкова);
67. Начело на материјална вистина и временското ограничување на можноста за предлагање на докази; и Можноста за спроведување на извршување од страна на други субјекти надвор од судот, Реферати на Советување на Регионална конференција на тема: „Реформа на судските постапки од аспект на европските стандарди“, Скопје, 22-24 септември 2003;

68. Растоварвање на судовите од вонпарнични работи кои може да ги врши нотар, Реферат на Меѓународен симпозиум „Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација“, Скопје/Охрид, 20-23 октомври 2003;
69. Судска заштита на правата на акционерите и содружниците, Реферат на 50. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Охрид, 23-25 октомври 2003;
70. Решавање на споровите по пат на арбитража, Реферат на Регионален симпозиум на земјите од Источна и Централна Европа, за решавање на стопанските спорови, на тема „Решавање на споровите по пат на медијација“, Љубљана, 27-29 октомври 2003;
71. Арбитражно решавање на споровите во Република Македонија, Реферат на 11. Хрватски арбитражни денови, Меѓународно советување во организација на Постојаниот избран суд на Република Хрватска и Стопанската комора на Република Хрватска, Загреб, 4 -5 декември 2003;
72. Ванпарнични послови које би суд могао да повери нотарима, Реферат на Советување 16 години на Копаоничката школа на природното право, Копаоник, 13-17 декември 2003;
73. Правилата за арбитража, праксата во Република Македонија и потребата за донесување Закон за трговска арбитража, презентација на Работилница „Арбитража – компаративно и национално законодавство и пракса“, Проект „Техничка помош за изработка на трговски закони“, Скопје, 21 јануари. 2004;
74. Главни карактеристики на меѓународната трговска арбитража, излагање на Завршната конференција на Проектот „Техничка помош за изработка на трговски закони“, Скопје, 7 мај 2004;
75. Новините во уписот во трговскиот регистар и едношалтерскиот систем, Реферат на 51. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Охрид 27-29 мај 2004;
76. Postupak za upis u trgovački registar po novom Zakonu o trgovačkim društvima Republike Makedonije i Uloga notara u zasnivanju i realizaciji ugovornog zaloga po Zakonu o ugovornom zalogu, Referati na Simpozium u Cavtatu –Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH (Hrsg.) на тема : „Doprinosi reformi vanparničnog postupka”, Цавтат, 23-27 јуни 2004;
77. Новини содржани во ЗПП во делот на првостепената постапка, Соопштение на Тркалезна маса на тема: „Предлог за донесување на ЗПП“, Скопје, 13 септември 2004;
78. Тркалезна маса на тема: „Водење на трговскиот регистар во административна постапка“, учество со дискусија, Скопје, 11 ноември 2004;
79. Тркалезна маса на тема: „Специјализација на судството во разрешување на стопанските спорови – Кпапацитетот и опциите на Македонија“, учество со дискусија, Скопје, 11 ноември 2004;
80. Промоција на Завршниот извештај на Проектот „Набљудување на имплементацијата на меѓународните стандарди за правично судење во домашните судови и проценка за функционирање на судството во

- Република Македонија – јули 2003 – јули 2004“, Реферат изложен во: Скопје 3 октомври 2004, Тетово 30 ноември 2004 и Куманово 8 декември 2004;
81. Основи за побивање и ништавност според новиот Закон за трговските друштва, Реферат на Советување за судии во Битола 28-29 октомври 2004 и во Охрид 26-27 ноември 2004;
 82. Новини што се предлагаат во Предлогот за донесување на нов Закон за парнична постапка, Реферат на 52. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Охрид, 4-6 ноември 2004;
 83. Изношење нових чињеница и предлагање нових доказа према Предлогу за доношење новог Закона о парничном поступку, Реферат на Советување на 17. Копаоничка школа на природното право, Копаоник, 13-17 декември 2004;
 84. Тужби за заштита на сопственоста и владението, Предавање на Семинар во организација на Адвокатската комора на РМ, Битола, 18-19 февруари 2005;
 85. Мере за убрзање парничног поступка у предлогу за доношење новог закона о парничном поступку у Републици Македонији, Реферат на научна конференција „Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније“, Универзитет у Нишу, Правни факултет Ниш, 17 мај 2005;
 86. Мерки за забрзување на парничната постапка според Предлогот на Законот за парнична постапка, Реферат на 53. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Охрид, 26-28 мај 2005;
 87. Законот за стечај на Република Македонија, Реферат на Регионален меѓународен симпозиум во организација на ГТЗ – Белград на тема: „Новите закони за стечај во земјите од регионот“, Охрид, 1-5 јуни 2005;
 88. Новите решенија во Предлогот на ЗПП, излагање на Тркалезна маса организирана од Министерството за правда и USAID-DPK Проектот за модернизација на судството во Македонија, Скопје, 16 јуни 2005;
 89. Некои отворени прашања и дилеми во врска со примената на Законот за измени и дополнувања на Законот за договорен залог од 17.1.2005 година во работањето на нотарите, Реферат на Советување во организација на Нотарската комора на Македонија, Струга, 18 јуни 2005;
 90. Стручна расправа по нацртаманманите на Уставот на Република Македонија, во организација на Министерството за правда и Здружението за уставно право на РМ, Скопје, 29 септември 2005 (учество со дискусија);
 91. Ново извршно право на Република Македонија, Реферат на меѓународна конференција на тема: „Основните проблеми на државата и правото во Руската Федерација и Република Македонија“, одржана на Правниот факултет на Универзитетот „Ломоносов“ Москва, ноември 2005;
 92. Процесни аспекти во Законот за стечај, излагање на Трибина за Предлогот на Законот за стечај во организација на Стопанската комора на Македонија, Скопје, 9 ноември 2005;

93. Улогата на нотарот во Законот за трговските друштва, излагање на регионално Стручно советување на нотарите, Штип 10 ноември 2005, Битола 11 ноември 2005 и Скопје 12 ноември 2005;
94. Pasivna legitimacija kod tužbe za poništaj pravorijeka, Реферат на 13. Хрватски дани арбитраже и мирења, Меѓународно советување во организација на Постојаниот избран суд на Република Хрватска и Стопанската комора на Република Хрватска, Загреб, 1-2 декември 2005;
95. Нови Закон о извршењу и улога извршиоца, Реферат на Советување на 18. Копаоничка школа на природното право, Копаоник, 13-17 декември 2005;
96. Институционални модели за персоналната независност на судството – споредбено правни разгледувања со посебен осврт на Република Македонија, Реферат на научна расправа: Законската рамка на судската реформа во Република Македонија, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, 2006 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
97. Abstracts from the presentation to the workshop on international commercial arbitration, Approximation of trade legislation, Prevailing Situation and Future Challenges, Skopje, 2006 (with T. Deskoski);
98. Новини во Законот за парнична постапка во практиката, Реферат на Советување во организација на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Скопје, 15 февруари 2006;
99. Потреба од реформи на организацијата на судството во Република Македонија, Реферат (коавторство со Т. Зороска Камилевска) на Конференција „Владеењето на правото и реформите во судската власт и безбедносните владини структури“, Демократски клуб, Скопје, 21 април 2006;
100. Ко може бити тужена странка у поступки за поништај арбитражне одлуке – поводом једног случаја из македонске арбитражне праксе, Реферат на Научна конференција „Функционисање правног система Републике Србије“, Правни факултет у Нишу, Ниш, 18 мај 2006;
101. Воведно излагање за Предлогот за донесување Закон за судскиот совет на Република Македонија, Мегапроект: „Евроинтеграција на општествениот, правниот и политичкиот систем на Република Македонија“, Правен факултет Скопје, мај 2006;
102. Новото извршно право на РМ, Реферат на 55. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Охрид, 25-27 мај 2006;
103. Меѓународна трговска арбитража, Реферат на 55. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ (коавторство со Т. Дескоски), Охрид, 25-27 мај 2006;
104. Нови закон о извршењу Републике Македоније и улога извршиоца, Реферат и излагање на тема: „Македонска искуства у имплементацији новог извршног система 2005-2006“ на Регионален симпозиум во организација на ГТЗ – Белград на тема: „Извршни поступак“, Мостар 30.5. – 3.6. 2006;
105. Советување за примена на Законот за едношалтерскиот систем и за водење на трговскиот регистар и регистарот на други правни лица, Скопје, 6 јуни 2006;

106. Предлогот на Нацрт-законот за меѓународна трговска арбитража, Излагање на Работилница за Предлогот за донесување на Закон за меѓународна трговска арбитража, Скопје, 10 јуни 2006;
107. Новини во Законот за вршење на нотарските работи, Законот за парничната постапка и Законот за извршување, Реферат на Стручно советување на нотарите, Охрид, 24 и 25 јуни, 2006 година;
108. Ново извршно право на РМ и извршувањето на странските судски одлуки во РМ, Реферат на Меѓународна конференција „Европски правни простор и извршење“, Марибор, 21-22 септември 2006;
109. Извршување заради обезбедување на побарувањата, Реферат на 56. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Охрид, 19-21 октомври 2006.
110. Новини во доставувањето според Законот за парничната постапка, Реферат на 56. средба на Здружението на правниците од стопанството на РМ, Охрид, 19-21 октомври 2006;
111. Улогата на нотарот во составување на нотарски акти, записници, потврди и заверки и неговата одговорност, Реферат на Советување во организација на Нотарската комора на Македонија, Струмица, 28 и 29 октомври 2006;
112. Нотарот и доставувањето на информации според Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, Законот за извршување и Законот за адвокатура, излагање на Стручно советување на нотарите, Струмица, 28 и 29 октомври 2006 година;
113. Видови заверки (нотарски дејствија), нивната правна сила и одговорноста на нотарот, излагање на Стручно советување на нотарите, Струмица, 28 и 29 октомври 2006 година;
114. Начелата во Законот за парнична постапка на РМ и Доказувањето според Законот за парнична постапка, Реферати на Регионална конференција во организација на ОСЦЕ – Mission to Serbia и Врховни суд Србије под наслов „Унапређење у спровођењу Закона о парничном поступку – пракса у Србији и региону“, Београд, 15 ноември 2006;
115. Жалба во ЗПП и вонредни правни лекови според ЗПП, Реферат на Регионална конференција во организација на ОСЦЕ – Mission to Serbia и Врховни суд Србије под наслов „Унапређење у спровођењу Закона о парничном поступку - пракса у Србији и региону“, Београд, 16 ноември 2006;
116. Novi Zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži u Republici Makedoniji”, Реферат на 14. Hrvatski dani Arbitraže i mirenja, Zagreb, 2006, стр.1-21 (коавторство со Т. Дескоски);
117. Доставлање по Закону о парничном поступку Републике Македоније, Реферат на 19 Копаоничка школа на природното право, Копаоник, 13-17 декември 2006;
118. Разлики помеѓу судската постапка и медијацијата, Реферат на Семинар на тема: „Медијацијата во Република Македонија“ во организација на Адвокатската комора на Република Македонија, Охрид, 26 и 27 јануари 2007;

119. Доставувањето според Законот за парничната постапка, Реферат на Семинар во организација на Здружението на правниците на РМ, на тема: „Законот за парничната постапка – една година по донесувањето“, Скопје, 8 февруари 2007;
120. Жалба според Законот за парнична постапка, Реферат на Семинар во организација на Здружението на правниците на РМ, на тема: „Законот за парничната постапка – една година по донесувањето“, Скопје, 8 февруари 2007;
121. Процесните аспекти во новиот Закон за стечај, Реферат на Обука на стечајни управници – Практични аспекти на имплементацијата на Законот за стечај, Проект на УСАИД за деловно опкружување, Струмица, 14 и 15 април 2007;
122. Предложените измени во Законот за договорен залог, излагање на Стручно советување на нотарите, Битола, 19 и 20 мај 2007 година;
123. Новине у жалби по Закону о парничном поступку, Реферат на Меѓународна научна конференција „Примјена Закона о парничном поступку у Босни и Херцеговини и региону“ Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Пале, 1 и 2 јуни 2007;
124. Процесните аспекти во новиот Закон за стечај, Реферат на работна средба – Практични аспекти на имплементацијата на Законот за стечај, Проект на УСАИД за деловно опкружување, Охрид 5 и 6 јуни 2007;
125. Uloga notara u zasnivanju i realizaciji ugovornog zaloga po Zakonu o ugovornom zalogu, Referat na Peto меѓународно savjetovanje, „Aktualnosti граѓанског и трговачког законодавства i правне праксе“, Neum, 22., 23. i 24. lipnja 2007;
126. Учество на тркалезна маса „Актуелни проблеми извршења у Босни и Херцеговини“, Неум, 23 јуни 2007;
127. Процесните аспекти во новиот Закон за стечај, Реферат на работна средба – Практични аспекти на имплементацијата на Законот за стечај, Проект на УСАИД за деловно опкружување, Дојран, 28 и 29 јуни 2007;
128. Закон за обезбедување на побарувањата – Новини во Законот за договорен залог, излагање на Стручно советување на нотарите, Охрид, 20 и 21 октомври 2007;
129. Учество на Тркалезна маса во организација на ГТЗ – Подгорица на тема: „Закон о нотарима Црне Горе“, Подгорица, 9 и 10 ноември 2007;
130. Zastupanje stranaka preko punomoćnika po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, Referat na 20 godine Kopaonичке škole prirodnog prava, Kopaonik 13-17 decembar 2007;
131. Подобност на извршна исправа за извршување, Реферат на Семинар во организација на Комората на извршители, Охрид, 21-23 декември 2007;
132. Основни принципи на Законот за вонпарнична постапка со допирни точки на Законот за парнична постапка и оставинската постапка пред нотарот, излагање на Стручно советување на нотарите, Скопје, 9 и 10 февруари 2008 година;

133. Новини во Законот за вонпарнична постапка со осврт на оставинската постапка, Реферат на Советување во организација на Адвокатската комора на Република Македонија на тема: „Новини воведени со новиот Закон за вонпарнична постапка и Законот за управни спорови“, Битола, 22 и 23 февруари 2008;
134. Анализа на одредбите од Законот за извршување (прв дел), Реферат на Регионално советување во организација на ГТЗ на тема: „Хармонизација на законодавството од сферата на извршувањето“, Вршац, Србија, 9 и 10 април 2008;
135. Закон за обезбедување на побарувањата – овластувања на извршителите, Реферат на Семинар во организација на Комората за извршители, Струга, 9-11 мај 2008;
136. Привремени мерки во стечајната постапка и извршување, Реферат на Советување – Проект на УСАИД за деловно опкружување на тема: „Практични аспекти на имплементацијата на Законот за стечај“, Скопје 15 и 16 мај 2008.
137. Привремени мерки, Реферат на 58. средба на Здружението на правници од стопанството, Охрид, 22-24 мај 2008;
138. Обезбедување на побарувањата со пренос на сопственост на предмети и права според Законот за обезбедување на побарувањата, Реферат на 58. средба на Здружението на правници од стопанството, Охрид, 22-24 мај 2008;
139. Извештај за Конвенцијата на Обединетите нации за договорите за меѓународна продажба на стоки и Извештај за меѓународната арбитража во Република Македонија, Презентации на Regional Meeting of the country rapportors „CISG and ICA“, Becici, Juni 16-19, 2008;
140. Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine na stvari i prenosom prava po Zakonu o obezbeđenju potraživanja, Referat na Šesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse” Neum 20, 21 i 22 lipnja 2008;
141. Анализа на одредбите од Законот за извршување (втор дел), Реферат на Регионално советување во организација на ГТЗ на тема: „Хармонизација на законодавството од сферата на извршувањето“, Неум, Република Босна и Херцеговина, 1-5 септември 2008;
142. Основи за утврдување на ништавост и видови тужби според Законот за трговски друштва, Реферат на Семинар во организација на Академија за обука на судии и јавни обвинители на тема: „Практични аспекти на примената на одредбите од областа на трговското право“, Дојран, 19 и 20 септември 2008;
143. Измени на Законот за парнична постапка со посебен осврт на доставувањето, Реферат на едукативен семинар во организација на Комората за извршители, Струга, 17-19 октомври 2008;
144. Закон за облигациони односи и Закон за финансиско обезбедување, излагање на стручно советување на нотарите, Струмица, 8 и 9 ноември 2008;
145. Privremene mere po Zakonu o obezbeđenja potraživanja Republike Makedonije, Referat, 21 godina Kopaoničke škole prirodnog prava,

- Кораоник, 13-17 decembar 2008;
146. Потреба од растоварување на судовите од неспорни работи, Реферат на научна расправа во организација на Македонска академија на науките и уметностите – Проект „Хармонизација на правниот систем на Република Македонија со правото на Европската Унија“ – Реформа на институциите и нејзиното значење за развојот на Република Македонија, Скопје, 18 декември 2008;
 147. Измени во Законот за извршување и Законот за парнична постапка, излагање на стручно советување на нотарите, Охрид, 25 и 26 април 2009 година;
 148. Европска извршна исправа за неспорна потраживања, Реферат на меѓународна конференција „Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе“, Ниш, 19 мај 2009;
 149. Реализација на обезбедените побарувања според Законот за договорен залог и според Законот за обезбедување на побарувањата, Реферат на 60. Средба на правниците од Република Македонија, Охрид, 28-30 мај 2009;
 150. Potreba da se sudovi rasterete od nespornih stvari, Referat na Sedmo međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ Neum 12,13 i 14, lipnja 2009;
 151. Учество на втор состанок на Форумот за граѓанско право на Југоисточна Европа, Белград, Србија, 2 и 3 јули 2009;
 152. Извршни исправи донесени во вонпарнична постапка, Реферат на Семинар во организација на Комората за извршители, Крушево, 15-17.9.2009;
 153. Измена на Законот за парнична постапка и Законот за извршување од аспект на нотарското работење, Реферат изложен на стручно советување на нотарите, Охрид 17 и 18 октомври 2009;
 154. Potreba da se sudovi rasterete od nespornih stvari, Referat 22 godina Koraoničke škole prirodnog prava, Koraonik, 13-17 decembar 2009;
 155. Поим, видови и значење на платните налози и законските начела за односите меѓу судот, нотарот и извршителот во врска со платните налози, излагање на стручно советување на нотарите, Скопје, 20 февруари 2010 година;
 156. Naknada štete u slučajevima medicinske odgovornosti u pravu Republike Makedonije, Реферат на меѓународно советување во организација на Правниот факултет на Универзитетот во Марибор, Р Словенија, на тема: „Медицина и право“, Марибор, 26 и 27 март 2010 (коавторство со Н. Здравева);
 157. Заложно право на недвижни и подвижни предмети; Претходни мерки; Привремени мерки; Пренос на предмети и права во сопственост заради обезбедување (фидуцијарен пренос), Реферати на Семинарот на тема: „Обезбедување на побарувањата“ во организација на Здружение на правници на Република Македонија, Скопје, 23 март 2010;
 158. Осврт на некои прашања во врска со оставинската постапка – дилеми, излагање на стручно советување на нотарите, Охрид, 24 и 25 април 2010;

159. Заштита на правата на акционерите (ништавост на одлука на орган на управување и на собранието) со судска практика, Реферат на 62. Средба на правниците на Република Македонија, Струга, 13-15 мај 2010;
160. Нови систем извршења по новом Закону о извршењу Македоније, Реферат на Меѓународна научна конференција „Актуелне тенденции у развоју и примени европског континенталног права“, Ниш, 17 мај 2010 (коавторство со проф. д-р Т. Зороска-Камиловска);
161. Protection of the stockholders rights, nullity of the decision of the management organ and the assembly, Referat, Conference Private Law Reform in South East Europe in honor of Dr. Christa Jessel Holst, University of Belgrade Faculty of Law, 23-24 September 2010;
162. Осврт на некои одредби од Законот за измени и дополнувања на Законот за парничната постапка, излагање на стручно советување на нотарите, Струга, 23 и 24 октомври 2010 година;
163. Non possessory Security interest in Movables and Rights in the Law and Practice of the Republic of Macedonia, Civil Law Forum for South East Europe, First Regional Conference, Cavtat, 28-29 октомври 2010 (koavtorstvo so T.Zoroska-Kamilovska);
164. Types of contractual security rights in movable property, objects that can be pledged, claims that can be secured-Comparative and legal survey of countries-Serbia, Macedonia, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Montenegro and Albania, Civil Law Forum for South East Europe, First Regional Conference, Cavtat, 28-29 октомври 2010;
165. Zaštita prava akcionara-Ništavost odluke organa upravljanja i skupštine, Referat 23 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik, 13-17 decembar 2010;
166. Измените во парничното, вонпарничното и извршното законодавство на Република Македонија во светлото на актуелните трендови за забрзување на постапките, Реферат на 64 .средба на Здружението на правници на РМ, Охрид 19-21 мај 2011, (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
167. Апсолутно битне повреди одредаба Закона о парничном поступку – повреди правила о одлучивању, Реферат на Меѓународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Косовска Митровица, 22 јуни 2011;
168. Општ приказ на новините во Законот за парничната постапка, со посебен осврт кон одредени правни институти, Реферат на Семинар во организација на Адвокатската комора на Република Македонија на тема: „Измени на Законот за парничната постапка“, Охрид, 8 и 9 јули 2011;
169. Recognition and Enforcement of Foreign Court Decision, Cross-border delivery of Documents and Bankruptcy Procedure with Foreign Elements in the Law and Practice of the Republic of Macedonia,, Regional Konference on Accession West Balkan Countries to Lugano Convention,

- 19-20 July 2011, Sarajevo, BiH (Conference Papers), (with T. Zoroska-Kamilovska);
170. Спроведување на правата од интелектуална сопственост, Реферат на семинар „Интелектуална сопственост и економија“ во организација на Државен завод за индустриска сопственост и Европски завод за патенти, Скопје, 14 септември 2011;
 171. Прибавувањето на докази во странство како облик на меѓународна правна помош во Република Македонија, Реферат на Деветтата конференција за меѓународно приватно право – најнови тенденции во европското меѓународно приватно право – предизвици за законодавците на земјите на Југоисточна Европа, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 21 септември 2011 (коавторство со Т. Штерјова);
 172. Предностите на арбитражното судење во однос на судењето од страна на државните судови, со посебен осврт на Правилата на арбитражната постапка пред Постојаниот избран суд – Арбитража при Стопанската комора на Македонија; Поништување на арбитражна одлука; Новини во режимот на правните лекови во парничната постапка; Новини во постапката по платните налози (Нотарски платен налог), реферати на Советување за арбитража во организација на Постојаниот избран суд – Арбитража и Центарот за едукација при Стопанската комора на Македонија, на тема: „Арбитражата како поефикасен и побрз начин на решавање на спорови и актуелни теми од областа на граѓанското процесно право“, Банско, Бугарија, 29 септември – 1 октомври 2011;
 173. Осврт на суштествените измени во Законот за парнична постапка, Реферат на Семинар на тема: „Измените на Законот за парничната постапка и нивната примена“, Скопје, 6 октомври 2011;
 174. Граѓанскоправна заштита на правата од индустриска сопственост, Реферат на Семинар „Улогата на застапниците во системот на интелектуалната сопственост“ во организација на Државен завод за индустриска сопственост и Европски завод за патенти, Скопје, 12 октомври 2011;
 175. Измените на Законот за парнична постапка и Законот за извршување во врска со нотарското работење, Излагање на стручно советување на нотарите, Охрид 12 и 13 ноември 2011 година;
 176. Notarial Deeds in International Legal Relations, Реферат (со Т. Зороска-Камиловска) Меѓународната научна конференција “Access to Civil justice - Cross-border Civil Proceedings in EU”, Марибор, Република Словенија, 17-18 ноември 2011;
 177. Арбитражата како поефикасен и побрз начин на решавање на споровите, презентација, Регионална комора – Прилеп, 22 октомври 2011 (со Т. Зороска-Камиловска и Т. Дескоски);
 178. Arbitražno rješavanje sporova u Makedoniji, Referat, 19. Hrvatski dani arbitraže i mirenja, Zagreb, 1 i 2 prosinac 2011;
 179. Dozvoljenost revizije prema Zakonu o izmenama i dopunama ZPP Republike Makedonije iz 2010 godine, Referat 24 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik 13-17 decembar 2011;

180. Сознанија (проблеми и дилеми) од досегашната примена на Законот за извршување и Законот за парничната постапка и предлози за измени и дополнувања на истите, Работилница за нотарите организирана од Нотарската комора на Р Македонија, 3 март 2012 во Штип, 4 март 2012 во Битола и на 10 март 2012 во Скопје;
181. Арбитражата како поефикасен и побрз начин на решавање на споровите, презентација, Регионална комора – Охрид, 11 мај 2012 (со Т. Зороска-Камиловска и Т. Дескоски);
182. Измените во парничното и извршното законодавство на Република Македонија, предизвиците и проблемите во нивната примена со предлози за подобрување на состојбите де леге ференда, Реферат на 66. Средба на правници, Охрид, 10-12 мај 2012 (коавторство со Т. Зороска Камилловска);
183. Постојан избран суд – Арбитража при Стопанската комора на Македонија – организација, правила и предности, презентација, Средба на тема: „Последните случувања во меѓунаодната трговска арбитража“ во организација на Стопанската комора на Македонија, Скопје, 23 мај 2012;
184. Саслушање странака у функцији доказног средства у парничном поступку, Реферат на Научно советување со меѓународно учество: „Правне норме у времену и простору“ Универзитет во Приштина со привремено седиште во Косовска Митровица – Правни факултет Косовска Митровица, 21 јуни 2012 (коавторство со М. Ракочевик);
185. Međupresuda u parničnom postupku, Referat na Deseto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Neum, 22., 23. i 24. lipnja 2012 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
186. Арбитражата како поефикасен и побрз начин на решавање на споровите, Презентација, Информативна средба одржана во соработка со Адвокатската комора на Република Македонија, Скопје, 27 јуни 2012 (со Т. Зороска-Камиловска и Т. Дескоски);
187. Одговорност за правни недостатоци – Компаративно-правен преглед на земјите Србија, Македонија, Хрватска, Црна Гора, Босна и Херцеговина и Албанија, Реферат во коавторство со З. Рашовиќ на Втора меѓународна регионална конференција на Форумот за граѓанско право, во организација на Комисијата за кодификација на граѓанското право и Форумот за граѓанско право на Југоисточна Европа, МАНУ, Скопје 27 јули 2012;
188. Извршување спрема солидарен должник согласно со Законот за извршување и Законот за облигационите односи, Реферат на Семинар во организација на Комората на извршителите на РМ, Охрид, 15 и 16 септември 2012;
189. Арбитражата како поефикасен и побрз начин на решавање на споровите, презентација, Регионална комора – Скопје 17 септември 2012 (со Г. Рафајловски и Т. Дескоски);
190. Задолжницата во правната регулатива и практиката, Реферат на Советување во организација на Здружението на правници на Република

- Македонија, Скопје, 19 септември 2012 (коавторство со Т. Зороска Камиловска);
191. Обавезе са више дужника или поверилаца и извршење према солидарним дужницима, Реферат на Меѓународен научен собир: „Хармонизација граѓанског права у региону“ Правен факултет Универзитет во Источно Сараево, Пале, 26 и 27 октомври 2012;
 192. Задолжницата – нов инструмент за доброволно обезбедување на наплатата на побарувањата, Реферат (во коавторство со Тајјана Зороска-Камиловска), во организација на Нотарската комора на РМ, Охрид, 10 и 11 ноември 2012 година;
 193. Арбитражата како поефикасен и побрз начин на решавање на спорите, Презентација во соработка со Адвокатската комора – Адвокатска заедница Штип, 16 ноември 2012 (со Б. Чакмакова и Т. Штерјова);
 194. Notarial Deeds in International Legal Relations-with a Special Review of the Macedonia Legislature and Practice, in: „Cross-border civil proceedings in the EU“ (Conference Papers, Pravna Fakulteta, Maribor, Slovenija, 2012, (with T.Zoroska-Kamilovska);
 195. The New Rules of the Permanent Court of Arbitration Attached to the Economic Chamber of Macedonia, Referat, Savjetovanje Stalno izbrano sudište Privredne komore Hrvatske, Zagreb 2012;
 196. Нацрт-закон за нотаријат, Реферат на меѓународна научна расправа во организација на Министерството за правда на РМ, Отворен регионален фонд за Југоисточна Европа канцеларија (на ГИЗ) Сараево и Нотарска комора на РМ, Скопје 19-21 ноември 2012 и 10 и 11 декември 2012;
 197. Нотар као повереник суда у поступку за расправљање заоставштине, Реферат 25 години на Копаоничката школа на природното право, 13-17 декември 2012;
 198. Арбитражата како поефикасен и побрз начин на решавање на спорите, Презентација, во организација на Стопанската комора на Македонија за членовите на Правната комисија на Здружението на банкарство при Стопанската комора на Македонија, Скопје, 1 март 2013 (со Т. Зороска Камиловска);
 199. Sudska kontrola izvršenja u Republici Makedoniji, Referat na Jedanaesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Neum, 21. 22. i 23. lipnja 2013 (во коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
 200. Dejudicialization of the enforcement function-Comparative legal review of the states of the region Albania, BiH, Macedonia, Serbia, Croatia and Montenegro-Civil Law Forum for South East Europe Collection of studies and analyses Third Regional Conference, Tirana, Tuesday, 12 March 2013, Dejudicialization of enforcement funktion (moderator) Tuesday,12. March,2013;
 201. The Notary servis in charge of unburdening the courts: comparative report, Civil Law Forum for South East Europe Collection of studies and analyses Third Regional Conference, Tirana, Tuesday,12 March 2013, (koavtorstvo so M. Povolakić). Нотаријатот во функција на растоварување на судовите;

202. За некои прашања во врска со решенијата за извршување врз основа на веродостојна исправа - de lege lata и de lege ferenda, излагање на стручно советување на нотарите, Охрид, 20 и 21 април 2013;
203. Efficiency of the civil justice systems-the challenge to strike a balance between the inputs and the results of the system, Реферат на меѓународно советување, Универзитет во Приштина со привремено седиште во Косовска Митровица, Прави факултет - Косовска Митровица, 20.6.2013 (коавторство со Т. Штерјова);
204. Солидарна одговорност на должници, Реферат изложен на стручното советување на нотарите, Струмица 28 и 29 септември 2013;
205. Улога нотаријата као јавне службе у растерећењу судовоу у ванпарничном поступку-македонска перспектива, Реферат на Савјетовању правника Октобарски правнички дани на тему „Изградња правног система“ у Бањој Луци, 4 и 5 октобра 2013 (коавторство со М. Ракочевиќ).
206. Ovlašćenja ili dužnost stranaka da raspravljaju pred sudom, posledice pasivnosti stranaka u parničnom postupku, Referat na Međunarodni naučni skup: „Vladavina prava i pravna država u regionu“ Pravni fakultet Pale - Istočno Sarajevo, 26 oktombor 2013 (коавторство со М.Ракочевиќ);
207. Арбитражата во Република Македонија, Реферат на Меѓународна конференција на тема: „Арбитражата во ЦЕФТАрегионот во насока на унапредување на економскиот развој,“ во организација на Постојаниот избран суд - Арбитража при Стопанската комора на Македонија и Стопанската комора на Македонија, со поддршка на Проектот СЕФТА-DIKH, Скопје, 18 февруари 2014;
208. Клаузулите на правосилност и извршност во нотарското работење, Излагање на стручно советување на нотарите, Охрид 12 и 13 април 2014 година;
209. Obezbeđenje potraživanja, Referat na Советovanje vo organizacija na Notarskata komora na Republika Srpska na tema: „Obezbeđenje potraživanja u notarskim ugovorima,“ Vjelina 31 maj 2014;
210. Достава на писмена според член 137 од Законот за парничната постапка, Реферат, Едукација на нотарите и давателите на поштенски услуги, во организација на Нотарската комора на Р Македонија, Скопје, 11 јуни 2014;
211. Patologija arbitražnih klauzula sa osvrtom na praksu Stalnog izbranog suda-Arbitraže pri Privrednoj komori Makedonije, Referat, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Dvanaesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Neum lipnja 2014 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
212. Извршување врз основа на спогодба за обезбедување со пренос на право на сопственост - фидуцијарна сопственост, Реферат, Меѓународно советување во организација на Комората на извршители на Р Македонија, Ниш, Р Србија, 19-22 јуни 2014;
213. Проблеми во практиката на извршителите во врска со Заклучокот на Врховниот суд на Р Македонија за задолжителноста на потврдите за

- извршност и правосилност на решенијата за дозвола за извршување на трансферираните предмети од судот кај извршителите и правните мислења на Комората на извршителите кои се однесуваат на Заклучокот за утврдување на трошоци на извршителот и трошоците на кривичната постапка, излагање на Меѓународно советување во организација на Комората на извршители на Р Македонија, Ниш, Р Србија, 19-22 јуни 2014;
214. Ediktalno dostavljanje u parničnom postupku, Реферат на меѓународно советување, Универзитет во Приштина со привремено седиште во Косовска Митровица, Правни факултет Косовска Митровица, 24 јуни 2014 (коавторство со М. Ракочевик);
215. Потреба за контролу извршителя; Канали за прикупљање података; Права и обавезе извршителя над којим се врши контрола и права и обавезе контролора; Корективне мере, Пројекат за правну реформу у Србији, едукативен Семинар на извршителите на Република Србија, Белград, 30 јуни - 1 јули 2014;
216. Осврт кон правните мислења на Стручниот совет на Комората на извршители на Р Македонија, Реферат на Советување во организација на Комората на извршители, Струга, 4 и 5 октомври 2014;
217. Историски осврт и сегашниот статус на македонскиот нотаријат, Реферат на Свечена академија по повод 15 години нотаријат во Република Македонија, во организација на Нотарската комора на Република Македонија, Скопје, 17 октомври 2014;
218. Ингеренциите и постапувањето на нотарот по барањата за повторување на постапката и барањата за враќање во поранешна состојба како вонредни правни лекови во постапка за донесување на решение врз основа на веродостојна исправа, Реферат изложен на стручно советување на нотарите, Охрид 18 и 19 октомври 2014 година;
219. Вовед во Нацрт-законот за нотаријат (што треба да се постигне со новиот Закон), Реферат на Тркалезна маса на тема: „Новиот Предлог-закон за нотаријат во Македонија: предности и недостатоци“ во организација на GIZ и IRZ, Скопје 20 ноември 2014;
220. Protivizvšenje prema Zakonu o izvršenju Republike Makedonije - Otvorena pitanja i dileme, Referat 27 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik 13-17 decembar 2014 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
221. Реализација на договорен залог согласно со Законот за договорен залог и начин на престанок на договорниот залог, Реферат на Советување во организација на Академијата за судии и јавни обвинители „Павел Шатев“ на тема: „Начин, услови и постапка за засновање, реализација и престанување на договорното заложно право“ Скопје, 18 март 2015;
222. Дисциплинска постапка и дисциплинска одговорност на извршителите, Реферат на Советување во организација на Комората за извршители и Академијата за судии и јавни обвинители „Павел Шатев“ Скопје, 20 март 2015;

223. Реформа на правното образование, Реферат на I. конференција „Регулирање на правното образование и создавање на механизми за континуирана обука и кфалификации“ (во рамките на проектот помеѓу МАНУ и БАН: „Реформи во судството“), Софија, Бугарија, 15-17 април 2015;
224. Поништување на арбитражна одлука, Реферат на Втора арбитражна конференција на Постојаниот избран суд - Арбитража при Стопанската комора на Македонија на тема: „Арбитражата во Република Македонија - предизвици за развој“, Скопје, 15 мај 2015;
225. Правното уредување на судскиот систем во Република Македонија, Реферат на II. конференција „Правно уредување на судскиот систем“ (во рамките на проектот помеѓу МАНУ и БАН: „Реформи во судството“), Охрид, 4-7 јуни 2015;
226. Pravni lekovi protiv rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave doneto od javnog bijležnika, Referat na Trinaesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ Neum, 12.,13. i 14. lipnja 2015;
227. Родова еднаквост при спроведување на инструментите за алтернативно решавање на спорови во Западен Балкан, Презентација на Завршна конференција Родова еднаквост при спроведување на инструментите за алтернативно решавање на спорови во Западен Балкан, во организација на ГИЗ, Црна Гора, Будва, 28-29 септември, 2015;
228. Презентација на резултатите од анкетата на образовните модели за нотари и извршители во Југоисточна Европа (за Република Македонија), на Регионална конференција во организација на СЕЕЛС на тема: „Образовни модели за нотари и извршители во Југоисточна Европа“, Белград, 9 октомври 2015;
229. Најновите измени во парничното законодавство на Република Македонија според Новелата на Законот за парнична постапка од 2015 година (Latest novelties in the civil litigation legislation of Republic of Macedonia according to the civil procedure act amendments from 2015), Реферат на 73. средба на правниците на РМ, Охрид, 15-17.10.2015 (коавторство со Т. Зороска-Камиловска и М. Ракочевиќ);
230. Ефикасност на судскиот систем. Остварување на судската заштита на правата на човекот, Реферат на III. конференција „Ефикасност на судскиот систем. Остварување на судската заштита на правата на човекот“ (во рамките на проектот помеѓу МАНУ и БАН: „Реформи во судството“), Софија, Бугарија, 29-30 октомври 2015;
231. Нотарската дејност и карактерот на постапките што се водат пред нотар, (Notarial activity and character of procedures before a notary public), Реферат на Нотарски денови, Советување во организација на Нотарска комора на Република Македонија, Струга 31 октомври - 1 ноември 2015 (коавторство со М. Ракочевиќ);
232. Полномошно и видови полномошна кои се среќаваат во работењето на нотарите, Реферат на Нотарски денови, Советување во организација на Нотарска комора на Република Македонија, Струга 31 октомври - 1 ноември 2015;

233. Изземање на нотар, Реферат на Нотарски денови, Советување во организација на Нотарска комора на Република Македонија, Струга 31 октомври - 1 ноември 2015;
234. Pravni lekovi protiv rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave doneto od javnog bilježnika, Referat sa međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ Pravni fakultet Split 19. i 20. studenog 2015;
235. Pravni lekovi protiv rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave doneto od notara, Referat 28 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik 13-17 decembar 2015;
236. Предности на арбитражата како начин на решавање на споровите и специфичности на постапката пред Постојаниот избран суд - Арбитража, Реферат на Семинар на тема: „Уредување на стопанските договори со меѓународен елемент и правна заштита во случај на нивно непочитување“ во организација на Стопанската комора на Македонија, Скопје, 15 декември 2015;
237. Добри практики во извршувањето и Законот за извршување на Р Македонија, Семинар во организација на Комората на извршители на Р Косово, Приштина, 26-27 март 2016 (обука на извршители);
238. Суштествени измени на Законот за извршување, Презентација на Семинар во организација на Комората за извршители на Р Македонија, Дојран, 15-17 април 2016;
239. Осврт на суштествените измени во новиот Закон за извршување, Реферат на Меѓународна конференција во организација на Комората на извршители на тема: „Актуелни правни ризици и предизвици во извршувањето“, Скопје, 4 јуни 2016;
240. Izuzeće javnog bilježnika, Referat, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Četrnaesto međunarodno savjetovanje, „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Neum, 17., 18. i 19. lipnja 2016;
241. Новини во Законот за извршување во РМ од 2016 година, Реферат на 75. средба на правниците во организација на Здружението на правници на РМ, Охрид, 13-15 октомври 2016 (со коавтори Т. Зороска Камиловска и М. Ракочевиќ);
242. Le notaire, tiers confiance, UINL XXVIIIe Congrès International du Notariat, Paris-France 19 au 22 octobre 2016, Реферат во коавторство со М. Ракочевиќ;
243. Zakon o izvršenju iz 2005. godine i novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije iz 2016. godine, Referat, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu II. međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ Split 21. i 22. listopada 2016;
244. Извршување за наплата на парично побарување, извршување за остварување на непарично побарување и вонсудска наплата на долгови спрема новиот Закон за извршување, Реферат на Семинар во органи-

- зација на Комората за извршители на РМ, Струга 28 и 29 октомври 2016 (во коавторство со Т. Зороска Камиловска и М. Ракочевиќ);
245. Ефикасноста на граѓанската постапка во Македонија, Соопштение на Научна стручна расправа на тема: „Ефикасноста на судството како битна компонента на судските реформи“, МАНУ, Скопје 30 ноември 2016;
246. Регионален контекст и актуелноста во поглед на законската рамка за Алтернативно решавање на спорови, Дискусија за јавните политики за поддршка на АРС: Подобрување на законската рамка за АРС и нивно овозможување на правна и институционална соработка со судскиот систем и системот за извршување на проектот „Следење на владеењето за раст во областа на правдата (JuDGMeNT), во организација на Институтот за европска политика, Скопје, 2 декември 2016;
247. Izuzeće javnog beležnika, Referat 29 Savetovanje Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik, decembar 2016
248. Примена на Законот за договорен залог со карактеристични случаи од судската практика, Реферат во организација на Академијата за судии и јавни обвинители „Павел Шатев“, Скопје, 24 март 2017;
249. Модели реформе извршног поступка изван ЕУ (искуства, предности и слабости) издвајање комуналних предмета изван судског система, Prezentacija na TAIEH međudržavna radionica o reformi izvršnog postupka - način unapređenja efikasnosti pravosuđa, Organizirana u saradnji s Visokim sudskim i tužilačkim vijećem Bosne i Hercegovine (VSTV BiH), Sarajevo 14-15 septembar 2017;
250. Javnobilježnički platni nalog, Referat, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu III. međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“ Split 26. i 27. listopada 2017;
251. Najnovije izmene u parničnom zakonodavstvu Republike Makedonije u domenu posebnih parničnih postupaka prema Noveli zakona o parničnom postupku iz 2015 godine, (Latest amendments in Macedonian civil procedure regarding the separate civil proceeding according to the amendments of civil procedure act from 2015), Реферат, Двадесет година на Дејтонског мировног споразума, Правни Факултет Пале- Источно Сарајево, 2017, (коавторство со М.Ракочевиќ);
252. Javnobeležnički platni nalog, Referat 30 Savetovanje Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik, decembar 2017;
253. Правни последици на Одлука на Уставниот суд на Република Македонија У.бр. 143/2016-0-1 од 29.11.2017, („Службен весник на РМ“, бр.178/2017), воведно излагање на Тркалезна маса во организација на Комората на извршители на Република Македонија, Скопје, 15 декември 2017;
254. Правни средства за заштита на правата на странките и учесниците во постапката за извршување, Реферат на Советување во организација на Академијата за судии и јавни обвинители „Павел Шатев“, Скопје, 23 јануари 2018;

255. Прекин на оставинска постапка, Реферат изложен на Нотарски денови, Охрид, 21 и 22 април 2018 година;
256. Спорови кои произлегуваат од Законот за извршување, Реферат на Советување во организација на Академијата за судии и јавни обвинители „Павел Шатев“, Скопје, 5 јуни 2018;
257. Решавање на спорови пред Арбитража, Реферат на Советување на тема: „Алтернативно решавање на спорови,“ во организација на Академија на судии и јавни обвинители „Павел Шатев“, Скопје, 3 октомври 2018;
258. Prekid postupka za raspravljanje ostavine od javnog bilježnika, Referat Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu IV. međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“, Split 25. i 26. listopada 2018;
259. Потврда за делумна извршност на нотарски исправи, излагање на Нотарски денови, Скопје, 10 ноември 2018 година;
260. Осврт кон Предлог-законот за изменување и дополнување на Законот за извршување, Реферат на Меѓународен семинар во организација на Комората на извршители на РМ, Сандански, Република Бугарија, 24 и 25 февруари 2018;
261. Prekid postupka za raspravljanje zaostavštine poverenog javnom beležniku, Referat 31 godina Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik 2018;
262. Решение за издавање на нотарски платен налог и приговор, Реферат изложен на Нотарски денови, Струга 11-12 мај 2019 и Скопје 9 февруари 2019;
263. Rješenje o javnobilježničkom platnom nalogu i prigovor prema noveli Zakona o javnom bilježništvu iz 2018 godine, Referat Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu V. međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“, Split 17. i 18. listopada 2019;
264. Режимот на дозволеност на ревизија во парничната постапка со осврт на практиката на Врховниот суд на Република Северна Македонија, Реферат на 81. средба на правници, Здружение на правници на РСМ, Охрид, 31 октомври - 02 ноември 2019 (со коавтори Т. Зороска-Камилловска и М. Ракочевик);
265. Предавање на Академија за судии и јавни обвинители – изведување на теоретска настава – почетна обука по Граѓанско процесно право, Скопје, 19 ноември 2020;
266. Извршување врз подвижни предмети и права спрема Република Македонија, нејзините органи, единиците на локалната самоуправа и јавните претпријатија, Реферат изложен на советување во организација на Комората на извршители, Охрид, 26.2.2022 година.

Студиски престои во странство

1. Во 1973/74 година (октомври – јуни), деветмесечен студиски престој на Правниот факултет при Универзитетот во Гренобл, Франција;
2. Во 1985 година, 15-дневен студиски престој на Правниот факултет на Универзитетот во Катовице, НР Полска;
3. Во периодот од 25 јуни до 26 јули 1997 година престојувал во САД (Оклахома, Далас и Остин) каде што следел интензивна настава за обезбедување на побарувањата и нивна реализација, за што се здобил и со диплома;
4. Во периодот од 29 мај до 10 јуни 1999 година престојувал на Правниот факултет на Универзитетот Ломоносов во Москва;
5. Во периодот од 22 август до 3 септември 1999 година престојувал во Осло и Бренесен, каде што имал можност да се запознае и да ја проучи работата на Норвешкиот централниот регистар;
6. Во периодот од 25 февруари до 6 март 2000 година, во рамките на програмата „Темпус“, престојувал на Факултетот за правни и политички студии во Фиренца, Италија;
7. Во периодот од 15 до 22 октомври 2000 година престојувал на Правниот факултет во Загреб, каде што учествувал на две меѓународни коференции;
8. Во периодот од 24 до 28 ноември 2001 година престојувал во Рига, Латвија, каде што учествувал на меѓународна конференција за правна клиничка едукација;
9. Во периодот од 31 јануари до 6 февруари 2002 година престојувал во Вашингтон, каде што како претставник на македонската делегација во својство на консултант имал разговори со преставници на Светска банка за измените и дополнувањата на Законот за стечај;
10. Во САД, Ајдахо, од 15 август до 8 септември 2003 година, во рамките на клиничката програма на Универзитетот во градот Москва и во Њујорк на Универзитетот Колумбија;
11. Во САД, Бостон и Портланд Мејн, од 3 до 18 јули 2004 година, во рамките на програмата „Подобрување на вештините за пишување на Закони“;
12. Студиски престој во Русија на Правниот факултет на Универзитетот Ломоносов во Москва, од 31 октомври до 6 ноември 2005 година;
13. Студиски престој во Стразбур од 14 до 28 април 2004 година, во Центарот за меѓународни студии за индустриска сопственост при Универзитетот „Роберт Шуман“, во рамките на ТЕМПУС проектот и учество на Вториот европски конгрес за индустриска сопственост одржан од 22 до 24 април 2004 година;
14. Студиски престој во Стразбур, од 25 февруари до 3 март 2007 година, во Центарот за меѓународни студии за индустриска сопственост при Универзитетот „Роберт Шуман“, во рамките на ТЕМПУС- проектот за авторски и другите сродни права;
15. Престој на Универзитетот Македонија во Солун во периодот од 21 до 24 април 2007 година, во рамките на ТЕМПУС- проектот за авторски и други сродни права.

Прикази

1. Проф д-р С. Георгиевски: Коментар на Законот за вонпроцесна постапка, Скопје, 1980 „Правна мисла“, Списание за правни и општествени парашања, Скопје, септември – декември, 1980, Година XXX, број 5-6;
2. Д-р С. Георгиевски: Основни принципи на граѓанското процесно право на Република Македонија, Скопје, 1995, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година I. Бр. 4 декември 1995, Скопје, стр. 191-199;
3. Драган Тумановски: Закон за вршење на нотарските работи, Предговор, Агенција „Академик“ Скопје, 1996, стр. 3-15;
4. Судската пракса и улогата на судот, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година III. бр. 1-2, 1997, Скопје, стр. 169-178 (коавторство со Г. Станковиќ);
5. Врховен суд на Република Македонија – Збирка на судски одлуки 1990 – 1996 година, книга V, Скопје, 1997 Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година IV. бр. 2, мај, 1998, Скопје, стр. 149-155;
6. Гале Галев, Јадранка Дабовиќ-Анастасовска: Облигационо право – Практикум книга прва, „Просветно дело“ АД Скопје, декември 2001, книга втора, „Просветно дело,, АД Скопје, април 2002, стр.253-261, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година VIII. Бр. 2/2002 Скопје, стр. 213-268 (коавторство со Р. Максимовски);
7. За животот и делото на Проф. Д-р Миле Хаџи Василев, Зборник во чест на проф. д-р Миле Хаџи Василев, Универзитет „СВ. Кирил и Методиј Правен Факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2004, стр. 1-7;
8. Судската практика и улогата на судот, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година X. бр.2/ 2004, Скопје, стр. 305-316 (коавторство со Г. Станковиќ);
9. Д-р Родна Живковска: Стварно право, книга I. Скопје, 2005, Судиска ревија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година XI. Бр.3/2005 Скопје, стр. 217-224;
10. Воведно излагање за предлогот за донесување Закон за судскиот совет на Република Македонија – Мегапроект: „Евроинтеграција на општествениот, правниот и политичкиот система на Република Македонија“ Форум Еуропеум 5, Законска рамка на тековната судска реформа (Прилози од одржаната научна расправа на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Скопје во соработка со Министерството за прада на Република Македонија), Скопје, мај 2006, стр.23-26;
11. Ништавост у граѓанском процесном праву, Милета М.Марковиќ, Предговор, Јагодина 2008, стр.7-11;
12. Проф. д-р Родна Живковска – Општ дел на граѓанското право, Воведни теми 3, (Вршење на граѓанските субјективни права), Судиска Ревиија, Здружение на судиите на Република Македонија, Година XV. бр. 1-2 / 2009, Скопје, стр. 192-197;

13. Обезбедување на побарувањата според Законот за обезбедување на побарувањата, Одговори на поставени прашања, Правник, бр.218/2010 и бр.222/2010, (коавторство со Т. Зороска-Камиловска);
14. Предговор - Збирката на правни мислења, заклучоци и обрасци, Стручен совет на Нотарска комора на Република Македонија (2011 – 2014), Скопје 2014, стр.1-5;

Преводи

1. Начелни правни сфаќања, проф. д-р Г. Станковиќ, превод од српски на македонски јазик, 1 авторски табак, објавен во Судиска ревија, бр. 3-4 /1997;
2. Улогата на Врховниот суд во изедначувањето на судската практика во вонпарничните работи, проф. д-р. Н. Петрушиќ, превод од српски на македонски јазик, 1 авторски табак, објавен во Судиска ревија, бр. 3-4/1997;
3. Положбата на детето во семејното парнично процесно право, проф. д-р Г. Станковиќ, превод од српски на македонски јазик, 1.2 авторски табака, објавен во Судиска ревија бр.1-2/1997;
4. Реформа на хрватското стечајно право, проф. М. Дика, превод од хрватски на македонски јазик, објавен во „Правник“, стручно списание, Здружение на правниците од стопанството на Македонија, број. 62/1997 година;
5. Маргините низ одредбите од Законот за претпријатијата во остварувањето на правото на надомест на штета причинета на претпријатието, проф. д-р Г. Станковиќ, превод од српски на македонски јазик, објавен во „Правник“, стручно списание, Здружение на правниците од стопанството на Македонија, број. 63-64 /1997 година;
6. Обврзница и бланко обврзница, проф. д-р М. Дика, превод од хрватски на македонски јазик, 2 авторски табака, објавен во „Правник“ бр.102/2000 година;
7. Фикции за изјавување жалба во парничната постапка, проф. д-р Г. Станковиќ, превод од српски на македонски јазик, 1.5 авторски табак, објавен во Зборникот во чест на Асен Групче, Скопје, 2001 година;
8. Стварни службености и соседско право, проф. д-р Р. Ковачевиќ-Куштримовиќ, превод од српски на македонски јазик, 1,5 авторски табак, објавен во Зборникот во чест на Асен Групче, Скопје, 2001 година;
9. Приговор за отстранување неправилности направени при спроведување на извршувањето, проф. д-р Г. Станковиќ, превод од српски на македонски јазик, 1,3 авторски табаци, објавен во Судиска ревија, бр. 3/2001 година;
10. Остварување алтернативни облигации во извршната постапка, проф. д-р. Н. Петрушиќ, превод од српски на македонски јазик, 1 авторски табак, објавен во Судиска ревија, од 18. IX 2001;
11. Стечајни причини, проф. д-р М. Дика, превод од хрватски на македонски јазик, 2 авторски табака, објавен во Судиска ревија, бр.1/2001;

12. Судска хипотека како средство за обезбедување на побарување, проф. д-р Г. Станковиќ, превод од српски на македонски јазик, објавен во Судиска ревија, број 2/ 2002.
13. Нормативно ограничење права на правну заштиту у парничном поступку (Осврт на парнични поступак Републике Србије и Републике Северне Македоније), проф. Д-р Гордана Станковиќ, превод од српски на македонски јазик, труд за меѓународна научна конференција „Општествени промени во глобалниот свет“ на Правниот факултет на Универзитетот „Гоце Делчев“ во Штип, 2021 година.

Рецензии

1. Рецензија на: Облигационо право, Практикум, книга прва, Гале Галев, Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, Просветно дело АД, Скопје, 2001, 724 стр;
2. Рецензија на: Облигационо право, Практикум, книга втора, Гале Галев, Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, Просветно дело АД, Скопје, 2002, 1783 стр;
3. Рецензија на учебник: Управно-процесно право, II. изменето и дополнето издание, проф. д-р Симеон Гелевски, Тиха - Скопје, 2003, 302 стр;
4. Рецензија на трудот: “Prethodno pitanje u parničnom postupku” od prof. d-r Mihalo Dika, za: Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, povodom 70 godina Prof. Dr. Sc. Petar Simoneti, Rijeka, 2003;
5. Рецензија на учебник: Стварно право, книга I, Родна Живковска, Скопје, 2005, 264 стр;
6. Рецензија за избор на проф. д-р Михајло Дика за почесен доктор на Универзитетот „Св.Кирил и Методиј“ во Скопје, Скопје, 2005 година;
7. Рецензија на трудот „Мала судска култура“, Скопје, 2005 издание на Младински образовен форум, за делот „Правата во парничната постапка“, стр.43-67;
8. Рецензија на Учебник: Parnično Procesno Pravo, Gordana Stanković i Ranka Račić, Vanja Luka, 2010;
9. Рецензија на учебник: Граѓанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, д-р Гордана Станковиќ, д-р Ранка Рачиќ, Универзитет Медитеран, Правни факултет, Подгорица 2010;
10. Рецензија на: Збирка на прописи од Стварното право - Практикум, д-р Родна Живковска, Скопје, 2010, 707 стр;
11. Рецензија на книга: Наследувањето во Европа, Љиљана Спировиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, Блесок, 2011, 540 стр;
12. Рецензија на учебник: Меѓународно приватно право, Поликсена Гавроска, Тони Дескоски, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2011, 540 стр;
13. Рецензија на: Граѓанско применето право (Наследно право), од Дејан Мицковиќ и Ангел Ристов, во издание на Блесок, Скопје 2011, 200 стр;

14. Рецензија на учебникот: Извршно процесно право, од Г. Станковиќ и В. Боранијашевиќ, Косовска Митровица 2012;
15. Zbornik radova X tradicionalnog naučnog skupa “Pravnički dani Prof. Dr. Slavko Carić” (The Collection of Papers of the 10 th traditional international Counseling, “Legal Days Prof. Slavko Carić, Ph.D”), Aktuelnosti privredne legislative kao determinante razvoja ekonomija država u regionu, priredila Prof. Dr. Marijana Dukić- Mijatović, Pravni Fakultet za privredu u pravosuđe Univerziteta Privredna akademija Novi Sad (Current economic legislation as determinants of economies of the countries in the region, edited by: Associate Prof. Marijana Dukić-Mijatović. Ph.D.), Novi Sad 2013; 208 str;
16. Рецензија на учебник: Арбитражно право, Татјана Зороска Камиловска, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2015, 387 стр;
17. Рецензија на учебник: Меѓународно арбитражно право, Тони Дескоски, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2016, 479 стр;
18. Рецензија на учебник: Наследно право, Дејан Мацковиќ, Ангел Ристов, Скопје, 2016, 316 стр;
19. Рецензија на избрани теми од општиот дел на граѓанското право: Правни норми, промет, имот, објекти на граѓанскоправните односи и правни факти, Родна Живкоска, Тина Пржеска, Скопје, 2017, 115 стр;
20. Рецензија на: Правни дела, Монографија, Родна Живкоска, Тина Пржеска, Скопје, 2018, 106 стр;
21. Рецензија на практикум: Стварно право, Родна Живкоска, Тина Пржеска, Скопје, 2018, 366 стр;
22. Рецензија на: Практикум по парнично право, Татјана Зороска Камиловска, Милка Ракочевиќ, Скопје, 2019, 295 стр;
23. Рецензија на учебник: Семејно право, Емине Зендели, Арта Селмани Бакиу, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, Скопје - Тетово, 2020 година;
24. Рецензија на учебник: Граѓанско право општ дел, Родна Живкоска, Тина Пржеска, Скопје, 2021, 446 стр;
25. Рецензија на трудот: „Priznanje činjenica u hrvatskom (i makedonskom) parničnom postupku,“ од проф. д-р Михајло Дика, за Зборник на трудови во чест на Гале Галев, 2021 година;
26. Рецензија на трудот: „Процесните норми во преднацртот на Граѓанскиот Законик на Република Србија“ од проф. Д-р Гордана Станковиќ, за Зборник на трудови во чест на Гале Галев, 2021 година;
27. Рецензија на трудот: „Должност за зборување на вистината во парничната постапка“ од Д-р Милка Ракочевиќ, за Зборник на трудови во чест на Гале Галев, 2021 година;
28. Рецензија на: Злоупотреба на процесните овластувања во парничната постапка, Монографија, Милка Ракочевиќ, Скопје 2022, 323 стр.

СОДРЖИНА

ОБЛАСТ ГРАЃАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО

Проф. д-р Гордана Станковић ГЛОСЕ О ЈЕЗИКУ ЗАКОНОДАВЦА У ПРОЦЕСНИМ ЗАКОНИМА.....	71
Prof. dr. sc. Mihajlo Dika TROŠKOVI NEKIH PRETPARNIČNIH NESUDSKIH POSTUPAKA ZA MIRNO RJEŠENJE SPORA KAO TROŠKOVI UČINJENI U POVODU PARNIČNOG POSTUPKA PREMA HRVATSKOM PRAVU	91
Проф. д-р Весна Ракић-Водинелић АМАНДМАНИ НА УСТАВ СРБИЈЕ О ПРАВОСУЂУ УСВОЈЕНИ НА РЕФЕРЕНДУМУ 2022.....	105
Prof. dr. Dušica Palačković PRAVO NA DOM (praksa Evropskog suda za ljudska prava i procesni instrumentarij parničnog i postupka izvršenja u Republici Srbiji)	115
Prof. dr. sc. Jozo Čizmić POSTUPAK ODUZIMANJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE.....	135
Проф. д-р Невена Петрушић КОЛЕКТИВНА СУДСКА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА СЕВЕРНЕ МАКЕДОНИЈЕ И СРБИЈЕ У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКИХ ПРИНЦИПА КОЛЕКТИВНЕ ЗАШТИТЕ.....	169
Prof. dr. sc. Tatjana Josipović KONTROLA NEPOŠTENIH ODREDBI U POTROŠAČKIM UGOVORIMA U OVRŠNOM POSTUPKU	187
Prof. dr. sc. Biljana Đuričin POSREDOVANJE U PORODIČNIM SPOROVIMA: AMERIČKO ISKUSTVO	213
Prof. dr. Aleš Galič THE CASE LAW OF THE SLOVENIAN CONSTITUTIONAL COURT ON FUNDAMENTAL GUARANTEES IN CIVIL PROCEDURE.....	223

Проф. д-р Татјана Зороска – Камиловска ПОВТОРУВАЊЕ НА ПАРНИЧНА ПОСТАПКА ПО ПРЕСУДА НА ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА	235
Prof. dr. Meliha Povlakić ZAŠTITA DUŽNIKA – DA LI JE TO JOŠ UVIJEK NAČELO IZVRŠNOG POSTUPKA? (KOMPARATIVNI PRIKAZ RJEŠENJA U ODREĐENIM ZEMLJAMA NASLJEDNICAMA BIVŠE SFRJ)	251
Prof. dr. Nikola Bodiroga AMANDMANI NA USTAV REPUBLIKE SRBIJE I NAČELA SUDSKE VLASTI	273
Проф. д-р Милка Ракочевиќ ПОСТАПКА ВО СПОРОВИ ОД МАЛА ВРЕДНОСТ	291
Prof. dr. sc. Dinka Šago ULOGA GEODETA U NEKIM SUDSKIM I UPRAVNIM POSTUPCIMA	311
Проф. д-р Елена Игновска СУДСКИ ПОСТАПКИ ВО СЕМЕЈНИ СПОРОВИ ВО КОИ СЕ ЗАСЕГНАТИ ПРАВА И ИНТЕРЕСИ НА ДЕЦА	327
Prof. dr. sc. Slađana Aras Kramar, NOVINE UREDBE (EU) 2020/1783 O IZVOĐENJU DOKAZA U GRAĐANSKIM ILI TRGOVAČKIM STVARIMA.....	351
Ранко Максимовски НАДОМЕСТ НА НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА ВО СУДСКА ПОСТАПКА	367
Доц. д-р Емилија Ѓорѓиоска ЗАДОЛЖИТЕЛНО КОРИСТЕЊЕ АДВОКАТСКИ УСЛУГИ ЗА ПРАВНА ПОМОШ ВО ПОСТАПКИ ЗА ИЗДАВАЊЕ НОТАРСКИ ПЛАТЕН НАЛОГ	389
Д-р Татјана Штерјова Душковска ПОСТАПКИТЕ ЗА КОЛЕКТИВНА ЗАШТИТА НА ПРАВАТА И ВИДОВИТЕ НА ПРАВА КОИ СЕ ЗАШТИТУВААТ ВО ТИЕ ПОСТАПКИ	403
Асс. м-р Теа Мицевска МЕДИЈАЦИЈАТА КАКО АЛТЕРНАТИВЕН НАЧИН ЗА РЕШАВАЊЕ НА СПОРОВИТЕ СО КОМПАРАТИВЕН ОСВРТ НА РЕПУБЛИКА ИТАЛИЈА	419

ОСТАНАТИ ПРАВНИ ОБЛАСТИ

- Акад. Владо Камбовски
СУДОТ КАКО ПРОТАГОНИСТ НА ЕКОЛОШКАТА ПРАВДА 435
- Проф. д-р Владо Поповски
ПРЕТСЕДАТЕЛОТ НА РЕПУБЛИКАТА И ВЛАДИТЕ НА РЕПУБЛИКА
МАКЕДОНИЈА ВО ДЕВЕДЕСЕТТИТЕ ГОДИНИ НА XX ВЕК,
ПОЛИТИЧКИ ОРИЕНТАЦИИ И МЕЃУСЕБНИ ОДНОСИ 465
- Проф. д-р Гале Галев
ОСНОВОТ НА ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРИЧИНУВАЊЕ НА ШТЕТА
ВО КОНТЕКСТ НА КОДИФИКАЦИЈАТА НА
МАКЕДОНСКОТО ГРАЃАНСКО ПРАВО 487
- Prof. Dr, Dr. h.c. Dušan Nikolić
O AUTORSKOPRAVNOJ PRIRODI SUDSKIH SPISA..... 499
- Проф. д-р Јадранка Дабовиќ Анастасовска, Проф. д-р Неда Здравева
ПРЕДИЗВИЦИТЕ НА СПРОВЕДУВАЊЕТО
НА ГРАЃАНСКО ПРАВНАТА ЗАШТИТА НА ПРАВАТА
НА ИНТЕЛЕКТУАЛНА СОПСТВЕНОСТ 525
- Проф. д-р Тодор Каламатиев, Проф. д-р Александар Ристовски
ПРАВНИ ПОСЛЕДИЦИ ОД ПРЕСТАНОКОТ НА РАБОТНИОТ
ОДНОС СО ОТКАЗ ОД СТРАНА НА РАБОТОДАВАЧОТ 569
- Проф. д-р Родна Живковска, Проф. д-р Тина Пржеска, Асс. м-р Теа Лалевска
ВРШЕЊЕ НА ПРАВОТО НА СЛУЖБЕНОСТ И НЕГОВА ЗАШТИТА 581
- Проф. д-р Димитар Гелев
НЕЛОГИЧНОТО РЕГУЛИРАЊЕ НА ЗДРАВСТВЕНАТА ДЕЈНОСТ И
НА ДРУГИТЕ СЛОБОДНИ ПРОФЕСИИ ВО ДОМАШНОТО ПРАВО 605
- Проф. д-р Горан Коевски, Проф. д-р Дарко Спасевски
СООДНОСОТ ПОМЕЃУ ФИДУЦИЈАРНИТЕ ДОЛЖНОСТИ НА
ЧЛЕНОВИТЕ НА ОРГАНИТЕ НА ТРГОВСКИТЕ ДРУШТВА И
КОНЦЕПОТ НА УКАЖУВАЧИ..... 625
- Проф. д-р Ангел Ристов, Проф. д-р Дејан Мицковиќ
НАСЛЕДНИТЕ ПРАВА НА ЧУВАНИК И ХРАНИТЕЛ:РЕАЛНОСТ
ИЛИ ЗЛОУПОТРЕБА ВО МАКЕДОНСКОТО НАСЛЕДНО ПРАВО..... 641
- Проф. д-р Тони Дескоски, Проф. д-р Вангел Доковски
ТРАДИЦИОНАЛНИ ТОЧКИ НА ВРЗУВАЊЕТО КАЈ ВОНДОГОВОРНАТА
ОДГОВОРНОСТ – ПОМЕЃУ ПОТРЕБАТА И РЕАЛНОСТА..... 657

Проф. д-р Гордана Лажетик ЕДНАКВОСТА НА ОРУЖЈАТА – ПРЕСУДИ НА ЕВРОПСКИОТ СУД ПРОТИВ МАКЕДОНИЈА И ТЕКОВНА РЕФОРМА НА ЗАКОНОТ ЗА КРИВИЧНАТА ПОСТАПКА	675
Проф. д-р Мелина Гризо ПРАВОТО НА ПРИСТАПУВАЊЕ КОН ЕВРОПСКАТА УНИЈА: ПРОЦЕДУРАЛНИ АСПЕКТИ.....	691
Проф. д-р Мишо Докмановиќ УСТАВНИТЕ АМАНДМАНИ ОД 1990 ГОДИНА КАКО КЛУЧЕН ИНСТРУМЕНТ НА МАКЕДОНСКАТА ТРАНЗИЦИЈА	709
Проф. д-р Елена Нешовска Ќосева КОН ИДЕЈАТА ЗА ВОВЕДУВАЊЕ НА АЛТЕРНАТИВНИ МЕХАНИЗМИ ЗА РЕШАВАЊЕ НА ДАНОЧНИ СПОРОВИ	721
Проф. д-р Илија Руменов ХАШКАТА КОНВЕНЦИЈА ЗА ПРИЗНАВАЊЕ И ИЗВРШУВАЊЕ НА СТРАНСКИ СУДСКИ ПРЕСУДИ ВО ГРАЃАНСКИ И ТРГОВСКИ РАБОТИ ОД 2019 ГОДИНА - НОВА МОЖНОСТ ЗА ЈУГОИСТОЧНА ЕВРОПА ЗА ОЛЕСНЕТО ЦИРКУЛИРАЊЕ НА СТРАНСКИТЕ СУДСКИ ОДЛУКИ	741

ОБЛАСТ
ГРАЃАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО

Д-р Гордана Станковић, редовни професор у пензији
Правни факултет Универзитета у Нишу, Република Србија

ГЛОСЕ О ЈЕЗИКУ ЗАКОНОДАВЦА У ПРОЦЕСНИМ ЗАКОНИМА

81`276.6:34
811.163.41`276.6:[347.91/95:340.13(497.11)
изворна научна статија

Правни језик сваког појединог правног система, као главни елемент културног идентитета одређене заједнице, носи обележја националне правне културе и правне традиције и израз је његових историјских и правно-системских специфичности. Као творевина развијене законодавне праксе, правне технике и правне науке, правни језик представља једну од главних техничких правних вредности права којима се оно ствара и примењује. Правни језик има посебан значај за технику нормирања и тумачење права. Правни појмови изражавају се језиком и због тога је прецизна правна терминологија једини и главни инструмент правничке лексике у рукама правника. Стручна правна терминологија, као унутрашња правна вредност права, има посебан значај у домену цивилне процедуре. Због значаја који правни језик има у процесу стварања и примене права, у овом раду указује се на неке типичне језичке стручне термилошке грешке које се срећу у законским текстовима Републике Србије из домена цивилне процедуре које умањују правну вредност цивилног процесног права.

Кључне речи: цивилна процедура, правни језик, процесно право, термилошке грешке

“Правник није дужан да само говори исправно право,
већ и да њраво исправно говори.“
H.Döll

1. Језик као универзална културна појава¹ представља основно изражајно средство у праву² којим се служе и они који креирају правне норме и они који их примењују јер омогућава стварање, изражавање и разумевање права. Језик је

¹ Језик представља систем вербалних знакова који омогућавају изражавање мисли, изазивање представа код других и међусобну комуникацију у оквиру одређене друштвене групе.

² Треба приметити да је законодавац проналазио и друге облике којима је изражавао и саопштавао своје нормативне захтеве адресатима. Претежни облик изражавања нормативног захтева, којим се формулишу апстрактна правна правила упућена неодређеном броју адресата или појединачне норме упућене познатим адресатима, у савременим правним порецима има форму реченице и писмени облик. Техника нормативног изражавања, поред реченица у писменој форми, познаје и друге облике нормативног изражавања, као писмене облике који се не изражавају граматичким

једина грађа од које се у процесу стварања права граде правне норме без обзира на то да ли су оне опште или појединачне³ јер он представља средство којим се исказују и сазнају правила понашања. И општа и појединачна правна норма формулисана у облику реченице састоји се од појмова који су у реченички исказ повезани логичким везама.

Поред лексике свакодневног говора, која се користи за означавање неправних и правних појмова,⁴ правни језик користи и посебне правно-техничке термине којима се означавају различити правни појмови.⁵ Пошто све правне норме не стварају исти ствараоци и у исто време, током времена мења се не само значење појединих правних појмова⁶ већ и сам правни језик.⁷ Исти језички израз и исти појам, без обзира да ли се ради о неправном или правном појму, током времена не само што мења значење, већ и исти изрази и појмови у разним законима⁸ или у различитим гранама права имају различита значења.⁹ Да би се стекле представе о значењу појединих речи или израза, језик нуди „две тачке ослоња“¹⁰ – етимологију и језичку употребу. Етимологија показује порекло одређеног израза и почетно значење појединог израза односно речи. Језичка употреба показује значење појединих речи или израза током времена и еволуцију у њиховом значењу.¹¹ Осим тога, често и сам законодавац за-

реченицама. То су визуелни нормативни искази у облику знакова (као што су саобраћајни знаци) и формула (као што су различити технички стандарди или нормативи квалитета).

³ Зато се и каже да би без језика и право и правници били неми. Право се изражава кроз језик и путем језика се сазнаје, а правницима је језик не само предмет рада већ и главно средство за рад. О томе детаљно: Дракић, Д., О стилу језика закона, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, 1/12, стр. 369.

⁴ По природи ствари, у законским текстовима доминира лексика обичног говора. Речи из обичног говора у законском тексту имају исто значење у коме се употребљавају у свакодневној говорној комуникацији. Разуме се да се у законском тексту не могу користити тзв. провинцијализми тј. изрази који имају локални или регионални карактер. Архаични изрази нису препоручљиви у законском тексту јер не доприносе његовој разумљивости и представљају стилску грешку творца законске норме.

⁵ Правни језик је, као специјализован стручни језик, знатно више формализован у односу на стандардни говорни језик јер користи изразе и термине који су карактеристични за правну струку или правну област који не морају бити познати ван језика струке јер исте речи или исти изрази у свакодневном, обичном говору могу имати друго сасвим друго значење. Научни језик правних писаца се у још већој мери разликује од језика у другим научним областима. Међутим, и правни језик и језик правних писаца нужно су повезани јер се заснивају на стандардном језику.

⁶ „Речи су налик на куће чији се власници мењају, један умре или се исели, други се усели. Кад би се вратило исконско доба којем имамо да захвалимо за наш данашњи језик, онда би једва препознали смисао речи које се односе на оно што је надчудно – Бог, врлина, мудрост, имају у нашим устима сасвим друго значење него у устима наших предака“ – Јеринг, Р., *Циљ у праву*, Подгорица, 1998, стр. 280.

⁷ Видети: Станковић, Г., Глосе о језику у праву, *Зборник Право и језик*, (ур. Миодраг Мићовић), Правни факултет у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, 2006, стр. 43.

⁸ О томе: Ђорић, Д., О сличностима и разликама дефиниција појмова „малолетно лице“ и „дете“ у домаћем позитивном праву, *Ревија за криминологију и кривично право*, 1/19, стр. 29.

⁹ Видети: Лукић, Р., *Методологија права*, САНУ, Београд, 1977, стр. 216.

¹⁰ Јеринг, Р., *op.cit.* стр. 268.

¹¹ Нпр. израз „процесно право“ потиче од латинске речи „*processus*“ иако тај израз није био технички термин римског права. Римско право није познавало процесно право као самосталну грану права, нити је имало посебан технички термин за процес; у римском праву се говорило „*lege agere*“, а редовни поступак правне заштите приватних права означаван је изразом „*ordo judiciorum privatorum*“. Термин „процес“ је средњовековног порекла и у канонском праву је

конским одредбама, више или мање успешно, дефинише значење¹² појединих правно-техничких израза.¹³

2. Правни језик сваког појединог правног система, као главни елемент културног идентитета одређене заједнице,¹⁴ носи обележја националне правне културе и правне традиције и израз је његових историјских и правно-системских специфичности. Као творевина развијене законодавне праксе, правне технике и правне науке, правни језик¹⁵ представља једну од главних техничких правних вредности самог права.¹⁶

Правни језик изграђиван је вековима. Он представља један од најстаријих специјализованих језика који има посебан значај за живот и понашање људи у друштву. Током историјског развоја права изграђени су правни појмови и правно-технички термини да би се постигао што прецизнији и јаснији начин изражавања. Поједини технички термини којима се право служи за означавање појединих универзалних правних појмова, упркос постојању различитих правних система и правних кругова, постали су опште прихваћени, као део заједничке баштине човечанства.¹⁷ Данас томе посебно доприносе интеграциони процеси савременог доба који изазивају уједначавање правне терминологије, упркос језичким баријерама које постоје.

3. Правни језик мора да има одређене квалитете. Он мора да буде јасан,¹⁸ одређен и прецизан као и доследан у употреби појединих речи и израза јер је језик „онај главни инструмент у рукама правника помоћу кога он оперише, као хирург ножем, и стога он мора бити исто тако и прецизан.“¹⁹ И поред

означавао поступак пред судом. О томе: Марковић, М., *Грађанско њроцесно њраво*, књига прва, Удружење правника Југославије, Београд, 1957, стр. 31.

¹² У законима Републике Србије све је чешћа пракса да се у уводним, општим одредбама законског текста одмах после одредбе првог члана, у коме се одређује предмет регулације конкретног закона, у одредби наредног члана дефинишу појмови који се користе у конкретном закону, што је у складу са Јединственим методолошким правилима за израду прописа („Сл. гласник РС“, бр. 21/10).

¹³ Видети нпр. одредбу члана 28. Закона о извршном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 125/2004. У даљем тексту ЗИП (2004).

¹⁴ Перовић, С., *Беседе са Кођаоника*, Београд, 2005, стр. 502.

¹⁵ Правни језик проучавају и правни писци и лингвисти. О језику у праву видети: Зборник *Право и језик*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2006. О главним правцима у анализи правног језика у србистици у 20. и почетком 21. века видети: Павловић Јовановић, Ј.М., Главни правци у проучавању језика права, *Наш језик*, 2/2021, стр. 59.

¹⁶ Видети: Лукић, Р., *Систем филозофије њрава*, Савремена администрација, Београд, 1992, стр. 483.

¹⁷ Многи правни термини вуку порекло из римског права које је стекло углед и ауторитет захваљујући римским правницима и чињеници да је латински језик дуго био универзални језик комуникације на тлу Европе. Из тог разлога се и тврди да је латински био матерњи језик права. Видети: Јелић, З., *Право и лингвистика*, Зборник *Право и гостђојансђиво*, Копаоничка школа природног права, *Правни животђ*, бр.12/2013, стр. 533.

¹⁸ Елементарни захтев који се у нормативној техници стварања права поставља у погледу језика у праву је јасност, прецизност и доследност. Правни језик не сме да буде неразумљив да би правна норма, као правило понашања, могла да оствари своју функцију. Добро су познате често цитиране Јерингове речи да законодавац треба да буде мудар као филозоф, а да говори као сељак. Из тог разлога основни захтев нормативне технике који се тиче језика у праву представља проналажење неопходне равнотеже између стручног и колоквијалног, говорног језика.

¹⁹ Лукић, Р., *Међодолођја њрава*, САНУ, Београд, 1977, стр. 217; Лукић, Р., *Теорија државе и њрава*, Савремена администрација, Београд, 1964, стр. 181.

настојања да правни језик буде одређен, јасан и прецизан, то није постигнуто ни у законским текстовима, ни у научној литератури јер се често користе изрази чије значење није прецизирано или се недоследно и некоректно користе правни технички термини иако они чине, како то каже проф. Ђорђе Тасић, „свакодневну монету“ у правном саобраћају.²⁰

4. Правни појмови и одговарајући правни језик за њихово оживотворење и тачну употребу представљају техничке правне вредности права којима се право ствара и примењује.²¹ Правни појмови изражавају се језиком и због тога је посебно значајна прецизна правна терминологија²² јер се помоћу ње они тачно, прецизно и јасно изражавају. За сваки правни појам постоји посебан језички израз, стручни термин, који треба доследно употребљавати у том значењу јер он представља једини и главни инструмент у рукама правника.²³

Правила номотехнике предвиђају два приступа приликом формулисања законских правила зависно од тога ко су адресати законских норми. Један начин формулисања користи се уколико су адресати норми грађани²⁴ и тада се углавном користе изрази из свакодневног говора јер правила понашања њима треба да буду јасна и разумљива.²⁵ Други начин формулисања норми карактеристичан је по томе што су законске одредбе формулисане правнотехнички прецизно јер су њихови адресати они надлежни субјекти који имају квалификовано правничко образовање и знање и који норме тумаче и примењују ауторитативно на друге субјекте.

С обзиром на то да стручна терминологија, као унутрашња правна вредност права, има посебан значај у домену цивилне процедуре, у овом раду указује се на неке типичне језичке стручне термилошке грешке које се срећу у законским текстовима из домена цивилне процедуре²⁶ јер редактори који их

²⁰ Тасић, Ђ., *Увод у правне науке, Енциклопедија права*, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 428.

²¹ Видети о томе: Лукић, Р., *Филозофија права*, Савремена администрација, Београд, 1992, стр. 483.

²² Правна терминологија је један од четири слоја правног језика поред правне семантике, правне фразеологије и правне семиотике. О томе је, осим проф. Николе Висковића, писао и др Зоран Јелић (Јелић, З., *Основи нормативне технике (Увод у савремену науку стварања и разумевања права)*, Економика, Београд, 1986, стр. 97).

²³ “Правни језик је хладан: он се одриче сваког призива осећања; он је опор: одриче се сваког образложења; он је збијен: одриче се сваке намере да подучава.” – Радбрух, Г., *Филозофија права*, Нолит, Београд, (без године издања), стр. 137.

²⁴ Грађани као странке или као учесници у поступку имају право да се у поступку служе својим језиком и писмом. О томе: Јаневски, А., *Употреба језика пред судом у парничном поступку у Републици Македонији*, Зборник *Право и свейски йоредак*, Копаоничка школа природног права, *Правни живои*, 12/2002.

²⁵ Језик представља средство којим се саопштају правна правила садржана у општим и појединачним правним актима њихових доносилаца и пошто ова правила могу да садрже заповести, овлашћења, наредбе или забране, њихова садржина мора да буде јасна, прецизна и разумљива адресатима норми.

²⁶ Поред стручних термилошких грешака срећу се и грешке које су последица погрешног превода страних техничких правних термина или граматичке грешке. У процесној литератури је већ примећено да је термин факултативно овлашћење извршног дужника из рубрума уз одредбу члана 51. ЗИО (2015), који је преузет из Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, број 31/93, „Сл. лист СЦГ“, број 1/03, Уставна повеља, „Сл. листник РС“, број 18/20), последица грубе грешке у превођењу латинских термина. Термин

припремају нису имуни на језичке стручне термилошке грешке.²⁷

5. У процесним законима Републике Србије постоје многобројне термилошке стручне грешке које се повлаче у законским текстовима чак и после њиховог новелирања мада је у научним и стручним радовима указано на њих. Неке од њих представљају реликт који вуче порекло из некадашњих југословенских закона, док су неке резултат транзиционог законодавног штампеда који је имао за циљ консолидацију промењеног правног поретка. У многим законским текстовима налазе се неодговарајући правнотехнички термини или непрецизни и нетачни изрази јер се приликом припрема законског текста, пошто су у фокусу правнополитичка решења, не обраћа пажња на правнотехничка и језичка питања која захтевају пажљив однос према њима.²⁸

Класичан пример о томе да се приликом редакције законског текста не обраћа пажња на правнотехничка питања су, пре свега, уводне опште одредбе процесних закона којима је уређена цивилна процедура у којима се одређује подручје примене конкретног процесног закона и формулише принцип законитости. Ове одредбе су редовно непрецизне, нетачне или погрешно формулисане.

У Закону о парничном поступку друге југословенске државе²⁹ који је у Републици Србији важио до ступања на снагу Закона о парничном поступку Републике Србије (2004)³⁰ одредба члана 1.³¹ била је погрешно

факултативан означава нешто што је необавезно или евентуално, док *facultas alternativa* значи алтернативно овлашћење.

²⁷ „...ако нам је за утеху од какве користи – могли бисмо да видимо у томе што и код народа који су познати по својој педантерији наилазимо на такву појаву. Тако, на пример, у великом Стеин-Јонасовом Коментару немачког грађанског судског поступка читамо: “Тако звано граматичко или логичко тумачење Закона о грађанском судском поступку може се користити само у ограниченом обиму јер Закон о грађанском судском поступку није, у термилошком и систематском погледу, онако брижљиво обрађен као што је то, на пример, случај са Грађанским закоником. У Закону о грађанском судском поступку често исти израз служи за означавање различитих појмова, а с друге стране, јавља се и више израза за један исти појам.” – Преузето: Марковић, М., *op.cit.*, стр. 14.

²⁸ У законским текстовима срећу се и граматичке и правописне грешке јер изостаје брижљиво лекторисање предлога законских текстова пре њиховог упућивања у скупштинску процедуру. У процесним законским текстовима честа је погрешна употреба прилога јер се уместо прилога за време (приликом), употребљава прилог за место (при). Или, у тексту ЗПП (2011) потребу за тумачењем изазива једна правописна грешка. Министарство правде које је припремало измене законског текста 2013, пошто је Уставни суд укинуо као неуставну одредбу става 2. члана 85. ЗПП (2011) која се односила на адвокатски монопол, пропустило је да приликом набрајања ко може бити пуномоћник физичког лица стави један интерпункцијски знак (:) тако да због формулације ове новелиране одредбе из 2014. произлази да пуномоћник физичког лица може бити само адвокат који је том лицу истовремено и крвни сродник у правој линији, брат, сестра или супружник.

²⁹ Закон о парничном поступку СФРЈ, “Сл. лист СФРЈ,” бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 70/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и “Сл. лист СРЈ,” бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02, у даљем тексту уобичајена скраћеница ЗПП (1976).

³⁰ Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС,” бр. 125/04 и 111/09, у даљем тексту уобичајена скраћеница ЗПП (2004).

³¹ Одредба члана 1. ЗПП (1976) из изворног текста гласила је: “Овим законом одређују се правила поступка на основу којих редовни суд расправља и одлучује у споровима из личних и породичних односа, из радних односа, као и из имовинских и других грађанскоправних односа физичких и грађанских правних лица, друштвено-политичких заједница, организација удруженог рада и

формулисана.³² У тексту одредбе стајало је да се законом „огређују њавила на основу којих редовни суд расиравља и одлучује у сиоровима.....“ Прва грешка је била у томе што је речено да се у парници поступа на основу правила процедуре уместо по правилима парничне процедуре. У формулацији одредбе није била повучена јасна разлика између процесног права, по чијим правилима се поступа у поступку пружања правне заштите, и материјалног права, које представља подлогу за одлучивање о основаности захтева за пружање правне заштите. Осим тога, одредба је садржала и друге стручне термилошке грешке. У одредби је погрешно стајало да суд у поступку расправља са странкама иако је опште познато да странке расправљају пред судом³³ а да суд руководи расправом. Исто тако, предмет закона није био правилно и прецизно формулисан с обзиром на значење употребљеног глагола³⁴ јер је било предвиђено да се законом „огређују њавила“ уместо да се законом предвиђају, уређују или регулишу правила процедуре. Коначно, текст је био погрешно формулисан јер је речено да суд одлучује „у сиоровима“ уместо о споровима као посредном предмету парнице.³⁵ Приликом доношења ЗПП (2004), којим је држава Србије после више од једног века, својим законом уредила парничну процедуру,³⁶ ове редакцијске грешке су добрим делом исправљене³⁷ јер није преузет текст ове одредбе из ЗПП (1976)³⁸ тако да је и одредба члана 1. у касније донетом Закону

других друштвених правних лица, осим ако су неки од наведених спорова посебним законом стављени у надлежност другог суда или државног, односно друштвеног органа.“

³² Интересантно је и да еминентни процесуалисти попут професора Цуље и професора Триве у првом Коментару Закона о парничном поступку објављеном 1957, не указују на ове термилошке грешке у одредби члана 1. (Zuglia, S., Triva, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Narodne novine, Zagreb, 1957, стр.10), док професор Познић у Коментару Закона о парничном поступку указује само на две термилошке грешке – на израз редовни суд, који је остао у законском тексту и после укидања самоуправних судова, и на некоректну употребу термина спор из личних односа. Професор Познић је указао да је овај употребљени термин нејасан јер се, уствари, односи на спорове за заштиту права личности. Видети: Познић, Б., *Коментар Закона о парничном поступку, њрема ѡексиу Закона из 1976. године са доцнијим изменама и дојунама*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 2.

³³ Термин расправа потиче од речи распра која значи свађу, сукоб.

³⁴ Глагол одредити значи отклонити неку неизвесност, отклонити неодређеност, изабрати једну од више могућности, одредити се за нешто, означити или мало боље објаснити.

³⁵ О посредном и непосредном предмету парнице видети: Станковић, Г., *Грађанско ѡроцесно ѡраво*, (2013), стр. 59; Станковић, Г., *Лексикон грађанско ѡроцесно ѡрава*, стр. 349.

³⁶ У правној и политичкој историји српске државе забележено је да је држава Србија последњи пут својим законом регулисала парничну процедуру давне 1865, у време док је била кнежевина, Законом о судском поступку у грађанским парницама који је примењиван све док није ступио на снагу југословенски Законик о поступку судском у грађанским парницама из 1929.

³⁷ Поједине одредбе овог закона и даље су биле правнотехнички некоректне, посебно оне које није формулисала радна група која је припремала радни материјал већ Министарство правде, као предлагач и које и приликом новелирања закона из 2014. нису отклоњене. Видети: Станковић, Г., *Закон о ѡарничном ѡосиујуку, Предѡвор*, петнаесто издање, Службени гласник, Београд, 2021, стр. 12. и 14.

³⁸ ЗПП (2004) није био оригинална законодавна творевина јер је у основи задржана систематика претходног, југословенског закона с тим што су поједина законска решења претрпела одређене нужне и неопходне измене или допуне. О томе: Станковић, Г., *Закон о ѡарничном ѡосиујуку, Предѡвор*, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 8; Станковић, Г., *Нови Закон о парничном поступку Републике Србије*, Зборник радова *Примена нових закона у областии ѡривреде, ѡравосуђа и радних односа*, Привредна академија, Нови Сад, 2005, стр. 183; Станковић, Г., *Ново парнично процесно право Републике Србије, Право – ѡеорија и ѡракса*, бр. 2-3/2005, стр. 3.

о парничном поступку Републике Србије (2011)³⁹ коректно правнотехнички формулисана, што није случај у регионалним правним системима новостворених балканских држава.⁴⁰

Ни одредба члана 1. Закона о ванпарничном поступку Републике Србије (1982),⁴¹ која је приликом новелирања 2013. претрпела само нужну терминолошку измену,⁴² није ни коректно правно-технички формулисана нити је прецизна и потпуна.⁴³ У тексту ове одредбе погрешно стоји да по правилима ванпарничне процедуре поступају само судови иако по овим процесним правилима поступају сви субјекти у ванпарничном поступку – и суд и странке, као и јавни бележници у повереним ванпарничним правним стварима. У савременим условима, кад се вршење судске власти одлуком суда преноси на јавне бележнике и кад закон допушта да и јавни бележници одлучују о повереним ванпарничним стварима, одредба става 1. члана 1. ЗВП (1982) је непрецизна јер предвиђа да само суд доноси одлуке. Осим тога, у овој одредби погрешно стоји да суд приликом мериторног одлучивања примењује правила ванпарничног поступка, иако ЗВП представља процесни, а не материјалноправни закон. Исто тако, поједине ванпарничне ствари које нису у компетенцији јавних бележника или су још увек у паралелној надлежности суда и јавних бележника имају евиденционо-технички карактер, као што је то случај са поступком за оверу преписа, рукописа и превода, и у њима се правна заштита не пружа доношењем одлуке. Приликом новелирања ЗВП (1982) из 2013. пропуштено је да се одредба овог члана допуни набрајањем и других ванпарничних правних ствари, као што су привредне ванпарничне ствари – статусне и имовинске, јер таква могућност, по правилу, није постојала у време кад је ЗВП (1982) донет.⁴⁴

Ни одредба члана 1. Закона о извршењу и обезбеђењу (2015)⁴⁵ није коректно правнотехнички редигована.⁴⁶ Ова одредба изричито предвиђа да по пра-

³⁹ Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС, 55/14, 87/18, 18/20.

⁴⁰ Видети одредбе члана 1. у законима о парничном поступку новостворених балканских држава крајем прошлог и почетком овог миленијума.

⁴¹ Закон о ванпарничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 25/82, 48/88 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 (др. закон), 18/05 (др. закон), 85/12, 45/13 (др. закон), 55/14, 6/15, 106/15 (др. закон). У даљем тексту уобичајена скраћеница ЗВП (1982).

⁴² У тексту одредбе члана 1. ЗВП (1982) више се не спомињу редовни судови који одавно не постоје у нашем правном систему. Међутим, термин редовни суд и даље егзистира у одредби члана 212. ЗВП (1982).

⁴³ Детаљно: Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, друго издање, Службени гласник, Београд, 2019, стр. 26.

⁴⁴ Закон о привредним друштвима („Сл. гласник РС“, бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19, 109/21) предвиђа низ посебних ванпарничних поступака. Детаљно о томе: Станковић, Г., *Грађанско процесно право*, друга свеска, *Ванпарнично и извршно процесно право*, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, стр. 123; Станковић, Г., Мандић, Љ., *Ванпарнично процесно право*, Свен, Косовска Митровица, 2013, стр. 281; Трговчевић Прокић, М., Станковић, Г., *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, стр. 179.

⁴⁵ Закон о извршењу и обезбеђењу, „Сл. гласник РС“, бр. 106/15, 106/16 – Аутентично тумачење, 113/17 – Аутентично тумачење, 54/19, у даљем тексту уобичајена скраћеница ЗИО (2015).

⁴⁶ ЗИО (2015) представља трећи по реду закон у новијој историји српске државности којим је нормирана извршна процедура у домену грађанскоправних односа. Држава Србија је поступак извршења и обезбеђења нормативно уредила последњи пут 1865, у време док је била кнежевина, Законом о судском поступку у грађанским парницама који се на територији Србије примењивао

вилима извршне процедуре поступају искључиво судови, као државни органи, и јавни извршитељи, као недржавни правосудни органи, иако по правилима извршне процедуре, поступају и сви остали субјекти који учествују у поступку⁴⁷ јер су правила извршне процедуре једини извор права за поступање судова, јавних извршитеља, разних помоћних органа, странака и учесника у поступку.

6. Најчешћа стручна термиолошка грешка која се среће у законским текстовима,⁴⁸ а често и у процесној литератури, односи се на неразликовање грађанскоправног спора⁴⁹ и парнице.⁵⁰ Иако је познато да је грађанскоправни спор ситуација до које долази у развоју једног стварног или хипотетичког правног односа између страна у том односу услед њиховог насталог неслагања и сукоба интереса и да се спор најчешће решава пред судом у парници по правилима парничног поступка,⁵¹ често се уместо термина парница употребљава реч спор.⁵² Превиђа се да суд није учесник у спору, да спор по правилу претходи парници, да је парница метод за судско решавање спора, да стране из спора у парници постају парничне странке и да суд у парници, као државни орган, има задатак да реши спор који је изнет пред њега доношењем одлуке. Неразликовање спора, као повода парници, и парнице, као метода за

до доношења Закона о извршењу и обезбеђењу Краљевине Југославије из 1930. После више од једног века извршна процедура је у Републици Србији била уређена ЗИП (2004). Доношењем овог закона престао је да важи Закон о извршном поступку СРЈ из 2000. који се, на основу одредаба Закона о спровођењу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора (2003) примењивао као републички закон. Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011 („Сл. гласник РС“, бр. 31/11, 99/11 – др. закон, 109/13 – одлука УС, 55/14 и 139/14) био је други по реду закон Републике Србије којим је била регулисана извршна судска процедура. О томе: Станковић, Г., *Закон о извршењу и обезбеђењу, Предговор*, седмо издање, Службени гласник, Београд, 2021, стр. 9.

⁴⁷ Очигледно је да је у питању пропуст у редакцији законског текста, јер су редактори превидели да су и странке и учесници у поступку извршења и обезбеђења адресати процесних норми.

⁴⁸ Видети на пример одредбе о општој и посебној месној надлежности у ЗПП (2011) или одредбе о функционалној надлежности из одредбе члана 35. ЗПП (2011) у којој је предвиђена функционална надлежност судије појединца и у којој се говори да он суди у споровима уместо о споровима.

⁴⁹ Детаљно: Станковић, Г., *Грађанско процесно право*, Ниш, 1987, стр. 63; Станковић, Г., *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, девето издање, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 45; Станковић, Г., Боранијашевић, В., *Грађанско процесно право*, Ниш, 2020, стр. 23; Станковић, Г., *Лексикон грађанској процесној праву*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 428.

⁵⁰ На пример у рубруму и у појединим одредбама поступка у парницама о споровима мале вредности не прави се увек и доследно разлика између спора мале вредности, парнице у којој се о њему одлучује и о правилима поступка по којима суд поступа. Одредбе у законском тексту ЗПП (2011) које су преузете из текста ЗПП (2004) формулисане су правнотехнички коректно, за разлику од оних које су касније настале.

⁵¹ Видети: Станковић, Г., *Грађанско процесно право* (1987), стр. 63, Станковић, Г., *Грађанско процесно право* (2013), стр. 47; Станковић, Г., Боранијашевић, В., *op. cit.*, стр. 23. Станковић, Г., *Лексикон грађанској процесној праву*, (2018), стр. 247; Јаневски, А., Зороска-Камиловска, Т., *Грађанско процесно право*, книга прва, *Парнично право*, Правен факултет „Јустинијан први“, Скопје, 2009, стр. 60.

⁵² У процесном праву српске државе и прве југословенске државе то није био случај што се јасно види и из назива процесних закона којима је била уређена парнична процедура (Закон о судском поступку у грађанским парницама Кнежевине Србије (1865), Законик о поступку судском у грађанским парницама Краљевине Југославије (1929)). И из самог назива Закон о парничном поступку види се да закон регулише поступак у парницама а не поступак у спору!

решавање спора, вероватно је последица погрешне формулације одредбе члана 1. југословенског ЗПП (1956) у коме је стајало да суд „*одлучује у споровима*“ уместо да суд одлучује о споровима јер су они посредан предмет парнице или да одлучује у парницама.

С друге стране термин „спор“ се погрешно употребљава не само у матичном закону већ и у ситуацији кад парнична ствар није предмет поступка и кад се претпоставља да спора нема јер се ради о поступку извршења ради намерења неспорног потраживања. У одредби члана 62. став 2. ЗИО (2015), у коме је предвиђена садржина предлога за извршење на основу веродостојне исправе на основу менице или чека, иако се ради о захтеву за извршење неспорног потраживања, у законском тексту се говори о спору из меничних и чековних правних ствари иако је поступак извршења, а не парнични поступак, редовни правни пут ради намерења новчаног потраживања извршног повериоца.

7. Иако правила номотехнике налажу да се у законском тексту не употребљавају синоними,⁵³ то није случај у тексту ЗПП (2011). За једну исту судску парничну радњу, поред термина одлучивање, користи се и термини решавање⁵⁴ или суђење.⁵⁵ Исто тако, у законском тексту се предмет судског одлучивања означава или као спор (*решавање спора*), ствар (*враћање ствари на њеново одлучивање*) или предмет (*враћање предмета првостепенном суду*). Ове стручне језичке термилошке грешке вуку порекло из ЗПП (1956) и на њих је већ било указано у процесној литератури.

8. У одредбама ЗПП (2011) постоји низ примера непрецизне и погрешне законске терминологије. Тако је на пример у тексту одредбе члана 15. ЗПП (2011) која се односи на испитивање надлежности, употребљена је реч оцена. С једне стране, оцена представља резултат неког оцењивања, вредновања (на пример оцена изведених доказа), а с друге, оцена представља и одређени степен слободе онога ко оцењује, што свакако није случај кад се ради о императивној норми и поступању суда по службеној дужности. Или, термин заседање,⁵⁶ који се користи у парламентарном праву и означава одређени период скупштинског рада, у одредби члана 127. став 3. употребљен је у специфичном значењу као синоним за одлучивање већа о једноставнијим питањима која се поставе у току усмене расправе, а не у нејавној седници. Или, у одредби члана 80. ЗПП (2011) која се односи на недостатак страначке способности туженог као мера за отклањање ове процесне сметње каже се да ће „*суд позвати тужиоца да ојкљони недостајак*“ иако термин позивање у процесном праву има сасвим друго значење. Или, у ЗПП (2011) наслов главе XI „*Достајављање исмена и разматрање стиса*“⁵⁷ и даље погрешно гласи иако је рубрум уз одредбу члана

⁵³ Правила номотехнике налажу да се исти израз у закону употребљава у истом значењу кроз читав законски текст. Језик права треба да буде дизајниран доследно пошто је упућен одређеним адресатима и у језику права не користе се уметничка средства изражавања.

⁵⁴ Видети одредбу члана 16. ЗПП (2011) у којој се говори о томе да је суд дужан да пази да ли решавање спора спада у његову надлежност.

⁵⁵ Видети одредбу члана 26. ЗПП (2011).

⁵⁶ На ово специфично значење указао је још 1957. проф. Миливоје Марковић (*op.cit.* стр. 164)

⁵⁷ Термин разматрање је неадекватан и погрешан јер разматрање значи размишљање о неком питању а редактори су имали у виду операционализацију принципа јавности и имали су намеру да регулишу право на увид или право на прегледање списка ради упознавања са њиховом садржином.

149. ЗПП (2011) коректно правнотехнички формулисан као „*и́репледање и и́реписивање списа*.“⁵⁸ Осим тога, израз „*зајослени у суду*“ кога је одредио председник суда да омогући прегледање списа је преширок, а самим тим и непрецизан и захтева тумачење јер је круг запослених лица у суду преширок појам.⁵⁹

9. У одредбама ЗПП (2011), поред термилолошких грешака, постоје поједине системске грешке. Тако је у одредбама главе која регулише надлежност и састав суда у парничним стварима погрешно ситуирана одредба о поступању парничног суда у ванпарничној правној ствари јер се она односи на врсту грађанског судског поступка, као редовни правни пут, а не ни на надлежност, ни на састав суда. Исто тако, одредба о функционалној хоризонталној надлежности судије појединца и већа ситуирана је у делу закона који се односи на састав суда.

10. Одредба члана 3. ЗВП (1982) у којој су одређене странке у ванпарничном поступку није потпуна јер уопште не предвиђа да је странка у ванпарничном поступку и лице према коме се поступак води, без обзира на то да ли се ради о унилатералном или двостраначком ванпарничном поступку. Исто тако, законодавац је 2013, приликом новелирања ЗВП (1982), пропустио прилику да у одредбама овог члана отклони ову редакцијску стручну грешку и да заокружи процесни појам странке у ванпарничном поступку.

Треба приметити да се и после новелирања из 2013. у тексту ЗВП (1982) и даље употребљава термин орган старатељства, као уосталом и у низу других закона, иако правне ствари које се тичу заштите породице, помоћи породици и старатељства, поред социјалне заштите, већ неколико деценија врше центри за социјални рад а не државни органи управе.

11. Честа стручна термилолошка грешка у процесним законима испољава се као неразликовање споредних потраживања и потраживања на име трошкова поступка као што је то био случај у југословенском ЗПП (1976).⁶⁰ Превиђа се да су споредна потраживања нпр. камате, плодови, уговорна казна⁶¹ док захтев за накнаду парничних трошкова представља посебан правозаштитни захтев који, као акцесорни захтев, представља предмет посебног одлучивања. Јасна дистинкција између споредних потраживања о којима се одлучује пресудом и потраживања на име трошкова поступка о којима се одлучује решењем повучена је једино у одредби члана 29. став 2. ЗПП (2004) и у одредби члана 28. став 2. ЗПП (2011). И поред тога и у процесној литератури и у судској пракси⁶² не прави се разлика између споредних потраживања као дела захтева

⁵⁸ Треба приметити да је ова одредба погрешно ситуирана јер нема никакве везе са достављањем као судском парничном радњом с обзиром на то да се мова одредба односи на страначку јавност.

⁵⁹ Према одредбама Закона о уређењу судова, запослени у суду су судије, судско особље (судијски помоћници, судијски приправници), државни службеници, намештеници запослени на административним, техничким, рачуноводственим, информационом и осталим пратећим пословима значајним за судску власт, као и правосудна стража.

⁶⁰ Приликом набрајања споредних потраживања која могу да буду обухваћена тужбеним захтевом, законодавац је интерполирао потраживања на име трошкова поступка између камате и уговорне казне.

⁶¹ Одредба члана 369. ЗОО.

⁶² ¹⁶ „Питање дозвољености посебне ревизије независно је од преиначења пресуде првостепеног суда у делу одлуке о трошковима парничног поступка, јер код захтеване накнаде трошкова

за пресуду о коме се одлучује пресудом и захтева за накнаду трошкова поступка као акцесорног захтева о коме се одлучује решењем.

12. Иако правила номотехнике налажу да се у законском тексту један правни појам не употребљава у различитом значењу,⁶³ у тексту ЗПП (2011) израз захтев употребљава се и у процесном⁶⁴ и у материјалноправном смислу,⁶⁵ тако да исти термин има два различита значења чак и у истој законској одредби,⁶⁶ или се термин захтев употребљава као синоним за субјективно право.⁶⁷ Ова правнотехничка грешка потиче из закона о парничном поступку друге југословенске државе. Настала је приликом доношења првог југословенског ЗПП (1956)⁶⁸ у коме, као и у савременим законима, није довољно вођено рачуна о уједначавању законске терминологије као значајном постулату номотехнике иако уједначена терминологија представља израз јасности у изражавању и олакшава разумевање и тумачење текста.⁶⁹

13. У процесним законима често се наилази на неразликовање обавезе и дужности. Класичан пример за то је текст ЗИО (2015). Редактори овог законског текста превидели су да је обавеза термин из домена облигационог права као корелатив овлашћењу или праву друге стране у облигационом односу, да обавезе имају стране у облигационим односима осим кад је реч о законским облигацијама као што је то законско издржавање, док је дужност термин стриктног права и да у домену процесног права одређене дужности у имају суд⁷⁰ и странке у поступку.⁷¹ Као последица неразликовања обавезе и дужности,⁷² поједине одредбе су погрешно, некоректно и непрофесионално редиговане у складу с одомаћеном праксом да се не води довољно рачуна о језику у правним нормама. Тако у тексту одредбе члана 62. ЗИО (2015)

посреди није главно, него споредно потраживање.“ (*Решење Врховној касационој суда, Рев 3033/2019 од 5. септембра 2019*). “Другостепено решење о трошковима поступка, као споредном потраживању које не чини главни захтев, не може да се побија ревизијом изјављеном ради уједначавања судске праксе.“ (*Решење Врховној касационој суда, Рев 5652/2019 од 6. фебруара 2020*).

⁶³ О томе и: Перелман, Н., *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд, (без године издања), стр.108.

⁶⁴ Видети на пример одредбу члана 2, 3, 5, 7. ЗПП (2011)

⁶⁵ Видети на пример одредбу члана 194. став 2. ЗПП (2011) која се односи на тужбу за утврђење и у којој се предвиђа да она може да се поднесе уколико тужилац има правни интерес и „пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа.“

⁶⁶ У одредби члана 194. ЗПП (2011) у ставу 2. термин захтев је употребљен у материјалноправном смислу, док је у ставу 4. исти термин употребљен у процесном смислу јер се говори о тужбеном захтеву.13

⁶⁷ Видети на пример одредбу члана 230. став 2. ЗПП (2011) која предвиђа да се доказују и признате чињенице ако странка њиховим признањем иде за тим да располаже захтевом којим не може располагати.

⁶⁸ О томе и Марковић, М., *op. cit.*, стр. 13.

⁶⁹ Приликом рада на припреми ЗПП (2004) било је оцењено да је претходни југословенски ЗПП (1976) у основи добар законски текст, да је потребно да се новим законским решењима отклоне неки од акутних симптома кризе у правосуђу, уградe прихваћени ставови судске праксе али и отклоне неки од познатих редакцијских језичких и правнотехничких недостатака с тим да се настоји да се у процедури не унесу многобројне промене да се не би дестабилизovalo судство.

⁷⁰ На пример дужност за испита тужбу, да закаже рочиште, да наложи да се за расправно рочиште прибаве списи итд.

⁷¹ На пример дужност да говори истину, едациона дужност итд.

⁷² На пример одредбе чл. 62, 67, 72. ЗИО (2015).

погрешно стоји да предлог за извршење на основу веродостојне исправе треба да садржи и захтев да суд „обавеже дужника“ да намири новчано потраживање с одмереним трошковима поступка или се у одредбама које се односе на садржину решења о извршењу на основу веродостојне исправе или о решењу које има дејство решења о извршењу говори о томе да се одлукама суда односно јавног извршитеља „обавезује“ извршни дужник. Исто тако и у одредби члана 81. став 6. ЗИО (2015), која се односи на парнични поступак за утврђење недозвољености извршења, предвиђено је да извршни дужник, као тужилац, приликом преиначења тужбе има право да од парничног суда захтева да „суд обавеже“ извршног дужника да врати оно што је примио у спроведеном поступку извршења. Законодавац је омогућио да извршни дужник, као тужилац, уз претходно истакнути декларативни захтев накнадно истакне, под одређеним условима, и захтев за осуду на чинидбу. Према правилима парничног поступка кад је у питању тужба за осуду на чинидбу, уколико је тужбени захтев основан, суд може да наложи туженом да изврши одређену чинидбу,⁷³ у овом случају да врати оно што је примио у поступку извршења. Суд никако не може да „обавеже“ туженог извршног повериоца јер суд, као државни орган који одлучује у конкретној парници, није у облигационом односу са туженим, нити својом изјавом воље упућеној другој страни, ствара обавезу коју други субјект у облигационом односу треба да испуни. Судска одлука којом је изречена осуда на чинидбу, као појединачна правна норма, представља акт власти, а не изјаву воље стране у облигационом односу која ствара обавезе за другу страну у том односу.⁷⁴

14. Као последица неразликовања обавезе и дужности, али и као последица погрешне сходне примене одредбе члана 343, 344. и 345. ЗПП (2011) које се односе на садржину кондемпнаторне одлуке, у тексту ЗИО (2015) се уместо о осуђујућем делу диспозитива решења о извршењу говори о његовом обавезујућем делу. Иако законодавац у одредбама ЗПП (2011) предвиђа да кондемпнаторном пресудом суд налаже туженом испуњење одређене чинидбе, јер је био обавезан да је испуни, а не обавезује га, јер је обавезивање технички термин облигационог права, с обзиром на то да се стране у облигационом односу обавезују својим изјавама воље или њихове обавезе настају као законске облигације, у законском тексту се користи погрешна терминологија која указује на неусклађеност правног система. Редактори су превидели да суд врши судску власт тако што наређује, изриче заповести или кажњава. Суд не може да обавеже туженог, јер је он орган који одлучује у поступку правне заштите, а не уговорна страна која својом изјавом воље обавезује другу уговорну страну.

15. Текст ЗИО (2015), поред наведених термилолошких грешака, карактерише и друга знатно непрецизна, неуједначена и повремено нетачна стручна терминологија, иако је она знатно боља од терминологије претходног закона. Тако се на пример у тексту ЗИО (2015) редовно не прави елементарна разлика између предлога, као страначке радње у форми поднеска, и захтева

⁷³ Одредба члана 343. ЗПП.

⁷⁴ Треба приметити да редактори законског текста константно користе овај погрешан технички термин који се одомаћио у судској пракси иако га ЗПП, као матични закон не познаје и не користи, јер се ради о термину који потиче из облигационог права, као и да овај погрешан технички термин, под утицајем судске праксе, некритички користе и поједини правни писци.

који је формулисан у виду петита у предлогу и који представља предмет одлучивања. Због тога се у законском тексту неиздиференцирано и погрешно говори да се „предлог одбацује или одбија“ мада је правнотехнички коректно да се прави разлика између одбацивања предлога и одбијања захтева који је у њему био садржан.⁷⁵

Иако је искључива надлежност врста месне надлежности, овај правнотехнички термин се у тексту ЗИО (2015) употребљава као синоним за стварну надлежност суда односно јавног извршитеља.⁷⁶

У одредби члана 14. став 1. ЗИО (2015) законодавац је формулисао правило да суд и јавни извршитељ поступају „на основу поднесака и других писмена“. Несумњиво је да се ради се о погрешном правнотехничком начину изражавања јер и суд и јавни извршитељ поступају по правилима извршне процедуре, а одлучују на основу правила материјалног права. Редактори су имали намеру да кажу да се процесни материјал који чини подлогу за одлучивање формира из чињеничних навода у поднесцима и другим писменима, јер су странке дужне, с обзиром на то да је поступак извршења организован на принципу писмености, а да је усменост у поступку изузетак, да све своје чињеничне наводе саопште суду у својим поднесцима, као и да је законодавац извршио законску оцену доказа јер је предвидео и да су, и у првостепеном и у другостепеном поступку, исправе доказна средства која се користе у поступку одлучивања ради утврђивања битних правно релевантних чињеница.

Редактори овог законског текста често употребљавају још један погрешан технички термин јер у низу одредаба стоји да странке и други учесници у поступку „достављају суду или јавном извршитељу поднеске и друге акте“ тако да се термин достављање употребљава у колоквијалном, а не у процесном смислу речи.⁷⁷ Достављање је процесна радња у поступку коју предузима на основу изричите законске одредбе надлежни орган у поступку, а врше је органи достављања. Странке могу да упућују, шаљу или подносе суду или јавном извршитељу своје поднеске. С друге стране, термин акт који је употребљен као синоним за прилоге уз поднесак, по правилу, означава судску или другу одлуку, а у законским одредбама редактори говоре о актима странака, иако странке и други учесници не доносе одлуке. Странка може да, поред поднесака, упућује или подноси јавном извршитељу само исправе које јој служе као доказ.

⁷⁵ На пример у одредби члана 13. ЗИО (2015) у законском тексту погрешно стоји да суд одбацује захтев за искључење или изузеће, јер се у тексту не прави разлика између предлога, као процесне радње, и захтева, као елемента садржине предлога. Редактори су превидели да се одбацује предлог, пошто он представља недозвољену процесну радњу, јер нису биле испуњене процесне претпоставке, а да се мериторно одлучује и одбија захтев за изузеће кад је неоснован.

⁷⁶ Одредбом члана 3. ЗИО (2015) којом је извршена и подела стварне надлежности суда и јавног извршитеља за одлучивање у извршним правним стварима и извршен пренос судске власти на јавне извршитеље као недржавне правосудне органе, рубрум уз ову одредбу је неодговарајући јер се иза термина „вођења“ поступка извршења и поступка обезбеђења у рубруму у ствари крије подела стварне надлежности у извршним правним стварима између државног и недржавног органа.

⁷⁷ У појединим законским текстовима и у пракси се често уместо о достављању говори о достави иако је достава технички термин кривичног права која означава пријављивање кривичног дела (денунцирање).

У тексту ЗИО (2015) често се уместо термина исправа користи неуобичајен и некоректан термин писмени доказ.⁷⁸ Термин писмени доказ као синоним за термин исправа, упућује на начин како је исправа која служи као доказно средство написана, тј. да је написана у складу са језичким, граматичким и правописним правилима и да онај ко је ту исправу саставио није био неписмен пошто је водио рачуна о језичким и правописним правилима.

За текст ЗИО (2015) карактеристично је и неразликовање солемнизоване односно потврђене јавнобележничке исправе и оверене (легализоване) исправе.⁷⁹

16. Иако је још у време кад је донет први југословенски ЗИП (1978) указано да термин јемство који је употребљен у законском тексту није адекватан,⁸⁰ јер је један традиционалан, класичан облигационоправни појам⁸¹ употребљен у неодговарајућем значењу,⁸² уместо термина обезбеђење или кауција, и поред тога што је у домаћој процесној литератури неадекватна употреба овог термина критикована, овај термилошки недостатак редактори ЗИО (2015) нису отклонили. Уколико су редактори имали намеру да једном класичном термину дају посебно значење, као што су то учинили у погледу појединих израза који имају посебно значење у одредби члана 2. ЗИО (2015), то су могли да учине и са термином „јемство.“

17. Одредба члана 4. став 1. ЗИО (2015) и после новелирања ове одредбе законом из 2019. и даље је погрешно правно-технички формулисана. Иако рубрум уз одредбу члана 4. гласи „спровођење извршења“, у ставу 1. овог члана погрешно стоји да је суд искључиво надлежан за „извршење извршних исправа у вези с породичним односима.“ У поступку спровођења извршења спроводи се решење о извршењу којим је одређено извршење на основу извршне исправе јер се предузимају извршне радње да би се решење о извршењу принудним путем реализовало. Уколико су редактори желели да нагласе да су и одређивање и спровођење извршења у искључивој компетенцији извршног суда, онда је рубрум уз одредбу члана 4. очигледно погрешан.

18. У ЗИО (2015) рубрум и текст одредбе члана 60. нису коректно и прецизно правнотехнички формулисани. Законодавац користи термин извршење на целокупној имовини извршног дужника иако целокупна имовина (општа имовина)⁸³ обухвата права и обавезе те се намирење извршног дужника

⁷⁸ На пример у одредби члана 47. и 75. ЗИО (2015).

⁷⁹ Видети на пример одредбу члана 56. став 3. ЗИО (2015).

⁸⁰ Видети: Triva, S., Belajec, V., Dika, M., *Sudsko izvršno pravo*, Opći dio, Informator, Zagreb, 1984, str. 274.

⁸¹ Јемство је, као облигационоправни однос, регулисано одредбама ЗОО. У законским текстовима и правној литератури термин јемство има тачно одређено значење: то је облигациони однос у коме се јемац, као лице које је различито од страна у том облигационом односу, обавезује повериоцу да ће испунити доспелу обавезу дужника за случај да он то сам не учини.

⁸² У литератури је истицано да је термин „јемство“ употребљен у значењу који никад није имао ни у правној терминологији ни у обичном говору. О томе: Станковић, Г., Палачковић, Д., Трешњев, А., Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу, друго издање, Службени гласник, Београд, 2020, стр. 189.

⁸³ Видети: Живковска, Р., Пржеска, Т., Граѓанско право, Општ дел, Европа 92, Скопје, 2021, стр. 243.

не може спровести на обавезама.⁸⁴ С друге стране, може се догодити да у састав имовине извршног дужника не улази ниједно право нити обавеза.⁸⁵ Исто тако, у оквиру имовине могу да постоје фондови (тзв. мале имовине) који су ужег састава од целокупне (односно опште) имовине и који представљају посебне имовинскоправне целине, као што су нпр. покретне ствари продате трећем лицу које му нису предате. Иако је у одредби члана 2. ЗИО законодавац дефинисао поједине изразе које користи у законском тексту пропустио је да означи да се израз „целокупна имовина дужника“ коју користи односи само на преносива субјективна права извршног дужника као њиховог титулара која се могу новчано изразити тј. на имовину у ужем смислу. Извршење се може спровести само на активи у имовинској маси⁸⁶ и само на стварима и правима из њеног састава на којима се извршење може спровести.

19. У тексту одредбе члана 48. став 4. ЗИО (2015) приликом новелирања из 2019.⁸⁷ редактори су употребили погрешан и неадекватан технички термин јер су стицаоца обавезе ранијег извршног дужника означили као треће лице, а не као друго лице на које је прешла или је пренета обавеза извршног дужника с обзиром на то да термин треће лице у поступку извршења означава учесника који тврди на да предмету извршења има право које спречава извршење.

20. У одредби члана 81. став 5. ЗИО (2015) законодавац је овластио јавног извршитеља да по правноснажности пресуде којом је утврђена недозвољеност извршења уколико поступак спровођења извршења није окончан укине решење о извршењу које је донео суд. Очигледно је да ова законска одредба има озбиљне суштинске, термилошке и номотехничке недостатке. С једне стране, правноснажна пресуда парничног суда којом је утврђена недозвољеност извршења, као декларативна одлука, производи дејство од тренутка правноснажности, а с друге, право на укидање решења о извршењу као судске одлуке по одредбама Устава Републике Србије (2004), има само инстанциони суд у поступку контроле законитости судске одлуке као санкцију због њене незаконитости.

21. У овом раду, који је за предмет истраживања имао процесне законе из домена цивилне процедуре, указано је, због обима рада који он може да има, на само неке од многобројних правнотехничких грешака у намери да се побуди свест о значајној улози стручног језика и терминологије у законском тексту а самим тим и у судским одлукама и да се усмери законодавац на потребу поштовања језика струке и побољшања квалитета стручног језика и терминологије у законским текстовима.⁸⁸ Ради правне сигурности и

⁸⁴ Предмет извршења може да буде новчано потраживање извршног дужника које се преноси извршном повериоцу ради наплаћивања или уместо испуњења.

⁸⁵ Имовину извршног дужника, према појединим правним писцима, може да чини и само празна каса или признанице на дуговане суме (Видети: Станковић, О., Водинелић, В., Увод у грађанско право, Номос, Београд, 1992, стр. 183.)

⁸⁶ О имовини као финансијско-рачуноводственој категорији видети: Живковска, Р., Пржеска, Т., *op.cit.*, стр. 252.

⁸⁷ Често новелирање закона у истој материји и доношење нових закона несумњиво представља карактеристику транзицијских правних реформи којима се не само нарушава правна сигурност већ и изазива неусклађеност прописа.

⁸⁸ У приступној беседи у Српској академији наука и уметности, изговореној 22. маја 2013, академик Данило Н. Баста каже: ”Пошто је право језичка творевина по превасходству, будите

функционисања правне државе неопходно је развијати не само општу језичку културу већ и побољшати језичку и терминолошку компетенцију редактора који припремају радне верзије законских текстова. Међутим, за квалитет правног језика важни су не само редактори законских текстова и они који их примењују у својој свакодневној делатности, већ и правни писци и они који едукују правнике на свим нивоима студија.

чувари језика у праву и правног језика, тј. правне терминологије у ужем смислу. Према речима у правним нормама или правним актима опходите се с бригом и пажњом, а према онима којима будете писали своје радове – с родитељском нежношћу, али, када затреба, и с родитељском строгошћу. Не заборавите да само једна реч у некој правној норми може бити судбоносна и да нечији живот може преокренути или упропастити.” (Баста, Д. Н., Младим правословима савети и поруке филозофскоправне кристалације, Зборник Право и правда, (ур. Јасминка Хасанбеговић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 183).

GLOSSES ABOUT THE LANGUAGE OF THE LEGISLATOR IN PROCEDURAL LAWS

(Summary)

The legal language of each individual legal system, as the main element of cultural identity of a certain community, has the characteristics of the national legal culture and legal tradition and represents an expression of its historical and legal-system specificities. As a creation of the developed legislative practice, legal techniques and legal science, the legal language is one of the main technical legal values of the law by which it is created and applied. The legal language has a special significance for the technique of standardization and interpretation of law. The legal terms are expressed in language and therefore a precise legal terminology is the only and main instrument of legal vocabulary in the hands of lawyers. Professional legal terminology, as an intrinsic legal value of law, has a special significance in the area of civil procedure. Due to the importance of the legal language in the process of creation and application of law, this paper points to some typical linguistic professional terminological errors found in the legal texts of the Republic of Serbia in the area of civil procedure that reduce the legal value of civil procedural law.

Key words: civil procedure, legal language, procedural laws, terminological errors

ЛИТЕРАТУРА:

1. Баста, Д, Н., Младим правословима – савети и поруке филозофско-правне кристализације, Зборник Право и правда, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд. 2013.
2. Дракић, Д., О стилу језика закона, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/12.
3. Живковска, Р., Пржеска, Т., Граѓанско право, Општ дел, Европа 92, Скопје, 2021.
4. Зборник Право и језик, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2006.
5. Zuglia, S., Triva, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Narodne novine, Zagreb, 1957
6. Јаневски, А., Употреба језика пред судом у парничном поступку у Републици Македонији, Зборник Право и светски поредак, Копаоничка школа природног права, Правни живот, 12/2002.
7. Јаневски, А., Зороска-Камиловска, Т., Граѓанско процесно право, книга прва, Парнично право, Правен факултет „Јустинијан први“, Скопје, 2009.
8. Јелић, З., Основи нормативне технике, Увод у савремену науку о методама стварања и разумевања права, Економика, Београд, 1986.
9. Јелић, З., Право и лингвистика, Зборник Право и достојанство, Копаоничка школа природног права, Правни живот, Београд, бр.12/2013.
10. Јеринг, Р., *Циљ у њраву*, Подгорица, 1998.

11. Лукић, Р., Теорија државе и права, Савремена администрација, Београд, 1964.
12. Лукић, Р., Методологија права, САНУ, Београд, 1977.
13. Лукић, Р., Систем *филозофије њрава*, Савремена администрација, Београд, 1992.
14. Марковић, М., Грађанско процесно право, књига прва, Удружење правника Југославије, Београд, 1957.
15. Павловић Јовановић, Ј. М., Главни правци у проучавању језика права, Наш језик, 2/2021
16. Перелман, Х., Право, морал, филозофија, Нолит, Београд, (без године издања)
17. Перовић, С., Беседе са Копаоника, Београд, 2005.
18. Познић, Б., Коментар Закона о парничном поступку, Према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама, Службени гласник, Београд, 2009.
19. Радбрух, Г., Филозофија права, Нолит, Београд, (без године издања)
20. Станковић, Г., *Грађанско њроцесно њраво*, Ниш, 1987.
21. Станковић, Г., Закон о парничном поступку, Предговор, Јустинијан, Београд, 2004.
22. Станковић, Г., Нови Закон о парничном поступку Републике Србије, Зборник радова Примена нових закона у области привреде, правосуђа и радних односа, Привредна академија, Нови Сад, 2005.
23. Станковић, Г., Ново парнично процесно право Републике Србије, Право – теорија и пракса, бр. 2-3/2005
24. Станковић, Г., Глосе о језику у праву, Зборник Право и језик, (ур. Миодраг Мићовић), Правни факултет у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2006.
25. Станковић, Г., Грађанско процесно право, друга свеска, Ванпарнично и извршно процесно право, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007.
26. Станковић, Г., *Грађанско њроцесно њраво*, прва свеска, *Парнично њроцесно њраво, деветио издање*, Београд, 2013.
27. Станковић, Г., Лексикон грађанског процесног права, Службени гласник, Београд, 2018.
28. Станковић, Г., Закон о парничном поступку, Предговор, петнаесто издање, Службени гласник, Београд, 2021.
29. Станковић, Г., Закон о извршењу и обезбеђењу, Предговор, седмо издање, Службени гласник, Београд, 2021.
30. Станковић, Г, Мандић, Љ., Ванпарнично процесно право, Свен, Ковска Митровица, 2013.
31. Станковић, Г., Палачковић, Д., Трешњев, А., Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу, друго издање, Службени гласник, Београд, 2020.
32. Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., Коментар Закона о ванпарничном поступку, друго издање, Службени гласник, Београд, 2019.
33. Станковић, Г., Боранијашевић, В., *Грађанско њроцесно њраво*, Ниш, 2020.

34. Станковић, О., Водинелић, В., Увод у грађанско право, Номос, Београд, 1992.
35. Тасић, Ђ., Увод у правне науке, Енциклопедија права, Београд, 1995.
36. Трговчевић Прокић, М., Станковић, Г., Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије, Службени гласник, Београд, 2018.
37. Siniša Triva, С., Belajec, В., Dika М., *Sudsko izvršno право*, Opći dio, Informator, Zagreb, 1984.
38. Ђорић, Д., О сличностима и разликама дефиниција појмова „малолетно лице“ и „дете“ у домаћем позитивном праву, Ревивија за криминологију и кривично право, 1/19.

Прописи

1. Јединствена методолошка правила за израду прописа, „Сл. гласник РС“, бр. 21/10.
2. Закон о извршном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 125/2004.
3. Закон о парничном поступку СФРЈ, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 70/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02.
4. Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 125/04 и 111/09.
5. Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС, 55/14, 87/18, 18/20.
6. Закон о ванпарничном поступку, „Сл. гласник РС“, 25/82, 48/88 и «Сл. гласник РС», 46/95 (др. закон), 18/05 (др. закон), 85/12, 45/13 (др. закон), 55/14, 6/15, 106/15 (др. закон).
7. Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, број 31/93, „Сл. лист СЦГ“, број 1/03, Уставна повеља, „Сл. гласник РС“, број 18/20)
8. Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19, 109/21.
9. Закон о извршењу и обезбеђењу, „Сл. гласник РС“, бр. 31/11, 99/11 – др. закон, 109/13 – одлука УС, 55/14 и 139/14.
10. Закон о извршењу и обезбеђењу, „Сл. гласник РС“, бр. 106/15, 106/16 – Аутентично тумачење, 113/17 – Аутентично тумачење, 54/19.

Dr. sc. Mihajlo Dika
Profesor emeritus Sveučilišta u Zagrebu

TROŠKOVI NEKIH PRETPARNIČNIH NESUDSKIH POSTUPAKA ZA MIRNO RJEŠENJE SPORA KAO TROŠKOVI UČINJENI U POVODU PARNIČNOG POSTUPKA PREMA HRVATSKOM PRAVU

347.921.6(497.5)
347.965.42:347.921.6(497.5)
изворна научна статија

U radu se s aspekta hrvatskog prava najprije ispituje može li se troškovima prethodnih nesudskih postupaka za mirno rješenje građanskih sporova općenito priznati svojstvo troškova učinjenih u povodu parničnog postupka i stoga naknadno tražiti njihova naknada u tom postupku, a zatim se problematizira mogućnost da se to svojstvo prizna i troškovima učinjenim u nekim prethodno provedenim obvezatnim nesudskim postupcima za mirno rješenje građanskih sporova s Republikom Hrvatskom te u takvim postupcima za rješavanje medijskih i radnih sporova kao i sporova s osiguravateljima.

Ključne riječi: mirno rješenje spora, parnični postupak, troškovi postupka

1. OPĆENITO

Parnične troškove čine izdaci učinjeni u tijeku ili u povodu postupka (151/1. hr. ZPP).^{1 2} Pojmovi troškova učinjenih tijekom i u povodu postupka nisu definirani u hrZPP-u. Zbog toga je određivanje sadržaja i značenja tih pojmova zapravo prepušteno judikaturi i doktrini.

Pojam troškova učinjenih u povodu parničnog postupka, koji nije, kako je to već rečeno, zakonski definiran, bilo bi moguće odrediti u širem i užem smislu.

¹ ZPP: hrvatski Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ 4/1977, 36/1977, 6/1980, 36/1980, 43/1982, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991; Narodne novine Republike Hrvatske (NN) 26/1991, 53/1991, 91/1992, 112/1999, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 79/2019). Za označavanje odluka sudova koristit će se standardne kratice za označavanje sudova koji su ih donijeli, npr. kratica VSRH za označavanje Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kratica VTSRH za označavanje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske itd.

² U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke ili rečenice u istom stavku, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje pojedinih propisa rabić se se njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu. Jedino će se odredbe ZPP-a u zagradama navoditi bez naznake kratice toga zakona.

U užem smislu to bi bili troškovi nastali u vezi s radnjama poduzetim izvan konkretnog parničnog postupka u funkciji njegova vođenja.³ To bi, najprije, bili troškovi u vezi s radnjama poduzetim u nekim drugim sudskim i izvansudskim postupcima provedenim prije pokretanja parničnog postupka ili paralelno s njime te troškovi radnji poduzetih izvan tih postupaka, također prije ili usporedno s parničnim postupkom – redovito radi njegova pripremanja, npr. radi prikupljanja procesnog materijala (u pravilu dokaza) koji će se u njemu upotrijebiti. Stav da bi navedene troškove bilo moguće u načelu obuhvatiti pojmom troškova učinjenih u povodu parničnog postupka svoje bi uporište, između ostaloga, *arg. a cohaerentia, a competudine, per analogiam*, mogao naći u odredbi prema kojoj troškove (izvanparničnog) postupka osiguranja dokaza stranka može naknadno ostvarivati kao dio parničnih troškova prema uspjehu u parnici (168/2.). Analogno bi trebalo vrijediti i za troškove u vezi s poduzimanjem radnji koje bi u istu svrhu bile poduzete izvan parničnog postupka, npr. za troškove pripremanja priloga uz podneske koji će biti upotrijebljeni u parničnom postupku, poput troškova pribavljanja određenih isprava, troškova njihova fotokopiranja, troškova pribavljanja nekih predmeta uviđaja koji će biti priloženi uz tužbu ili druge podneske, odnosno doneseni u sud. Troškovima nastalim u povodu parničnog postupka u naznačenom užem smislu trebalo bi smatrati i materijalne izdatke stranaka i drugih sudionika u postupku u vezi s pripremanjem i podnošenjem podnesaka, osim troškova njihova sastavljanja, npr. troškove vezane uz prikupljanje potrebnih podataka, troškove za poštarinu⁴ i sl.

U širem smislu pojam troškova učinjenih u povodu parničnog postupka obuhvaćao bi, pored pojma takvih troškova u navedenom užem smislu, i troškove radnji poduzetih u drugim sudskim ili nesudskim postupcima provedenim zato da bi se otklonila potreba vođenja parničnog postupka, postupcima čiji bi pravozaštitni cilj bio mimoparnično, redovito sporazumno, rješenje spora - neovisno o tome je li njihova provedba propisana kao obvezatna ili nije. Pored tih troškova pojam troškova učinjenih u povodu parničnog postupka u širem smislu obuhvaćao bi i troškove raznih drugih radnji koje bi bile poduzete izvan navedenih neparničnih postupaka s istim pravozaštitnim ciljem, npr. troškove u vezi sa sastavljanjem i slanjem raznih opomena, poziva, prijedloga itd. koje bi potencijalni tužitelji upućivali potencijalnim tuženicima radi otklanjanja razloga koji bi mogli biti povod za pokretanje parničnog postupka, ali, ipak, ne radi izazivanja određenih materijalnopравnih učinaka.⁵

Postupci čiji je pravozaštitni cilj pret(mimo)parnično rješenje spora mogu biti sudski i nesudski. Sudski je postupak postupak radi sklapanja izvanparnične

³ GRBIN, Ivo, Vrijednost predmeta spora, str. 456., među parnične troškove svrstava ne samo parnične troškove koji su neposredno uzrokovani sudjelovanjem stranke i drugih procesnih subjekata u postupku, odnosno koji su nastali obavljanjem procesnih radnji u postupku, nego i izdatke koji nisu u izravnoj vezi s poduzimanjem radnji u postupku, ali služe njegovu vođenju. Značenje troškova u povodu postupka imala bi upravo ova druga kategorija troškova - izdataka koji nisu u izravnoj vezi s poduzimanjem radnji u postupku, ali služe njegovom vođenju. Tako i PRANČIĆ, Pretparnični troškovi, 863., ističući da u pretprocesne troškove ne spadaju oni troškovi koji služe stranci radi vlastite informacije ili radi razjašnjenja vlastitog pravnog stanja.

⁴ Usp. GRBIN, Ivo, Troškovi parničnog postupka, NZ, br. 9-10/1989. (cit. GRBIN, Troškovi), str. 1066.

⁵ U tom smislu, premda nedovoljno izdiferencirano, TRIVA-DIKA GPPP, str. 463., kao izdatke u povodu parnice primjerice navode troškove obvezatnog prethodnog postupka, izvansudske opomene, nagodbe koja nije uspjela (324.), instrukcije punomoćniku, troškove poštarine i ostale izdatke pripremanja za sudjelovanje u parnici, izdatke osiguranja dokaza (168.) i za mjere osiguranja, troškove prouzrokovane zaključenjem ugovora o prorogaciji (70.) ili o arbitraži.

nagodbe (159/2., 324.).⁶ Sudski je i postupak mirenja na koji parnični sud uputi stranke ili provedbu kojega im je predložio, a koji se provodi pred sudom (186.d).⁷

Nesudski postupci radi sporazumnog rješenja spora mogu biti dvojaki po svojoj prirodi. Provedba nekih od njih je, izravno ili posredno, propisana kao obvezatna i oni se redovito provode kao pretparnični nesudski postupci. Među takve postupke spadaju i nesudske postupci na koje je parnični sud uputio stranke radi pokušaja sporazumnog rješenja spora (186.d). Značenje obvezatnog pretparničnog postupka radi mirnog rješenja spora ima i takav postupak čija je obvezatna provedba utanačena sporazumom stranaka (*arg. ex* 18. ZMI).⁸ Obvezatnost tog postupka proizlazi iz okolnosti da njegova prethodna provedba ima značenje pozitivne procesne pretpostavke. Drugi nesudski postupci su fakultativni. Njih mogu pokrenuti sudionici u spornom odnosu, iznimno i treći. Oni se mogu provesti kao pretparnični ili kao posebni nesudski postupci uporedo s već pokrenutim parničnim postupkom prije njegova okončanja.⁹

U vezi sa svim navedenim kategorijama pret(mimo)parničnih postupaka postavlja se zapravo pitanje može li se naknada svih ili nekih od troškova nastalih „u tijeku i u povodu njihove provedbe“¹⁰ ostvarivati samo u postupku u «u tijeku i u povodu» kojega su nastali, ili u naknadno pokrenutom ili paralelno vođenom parničnom postupku koji je s njime sadržajno i funkcionalno povezan, odnosno u posebnom parničnom postupku u kojemu bi se o pravu na naknadu tih troškova odlučivalo kao o glavnom pitanju. Treba uzeti da bi troškovi koji bi nastali tijekom i u povodu navedenih pret(mimo)parničnih postupaka u načelu mogli imati značenje parničnih troškova ako bi to opravdavao njihov pravozaštitni cilj, što znači da bi se njihova naknada mogla tražiti u parničnom postupku u povodu kojeg su nastali, po općim pravilima koja bi za to bila *in concreto* mjerodavna, ipak, osim ako se o njima definitivno ne bi odlučivalo u tim postupcima,.

Isto značenje kao i troškovi koji mogu nastati „tijekom i u povodu“ pret(mimo)parničnih postupaka imali bi i troškovi učinjeni prigodom poduzimanja ili u povodu

⁶ Prema odredbama članak 324. hr.ZPP-a, osoba koja namjerava podići tužbu može preko nižeg suda prvog stupnja na čijem području protivna strana ima prebivalište pokušati da postigne nagodbu (st. 1.). Sud kojemu je takav prijedlog upućen pozvat će protivnu stranu i upoznati je s prijedlogom o nagodbi (st. 2.). Troškove tog postupka podmiruje podnositelj prijedloga (st. 3.).

⁷ Prema odredbama članak 186.d hr.ZPP-a, sud može uvažavajući sve okolnosti, posebno interes stranaka i trećih osoba vezanih uz stranke te trajnost njihovih odnosa i upućenost jednih na druge, na ročištu ili izvan ročišta rješenjem uputiti stranke da u roku od osam dana pokrenu postupak mirenja ili rješenjem strankama predložiti rješavanje spora u postupku mirenja (st. 1.). Ako stranke suglasno predlože ili prihvate rješavanje spora u postupku mirenja pred sudom, bez odgode će se odrediti sastanak radi pokušaja mirenja na koje se pozivaju stranke, njihovi zastupnici i punomoćnici ako ih imaju (st. 3.). Nagodba sklopljena u postupku mirenja provedenom u sudu pred sucem izmiriteljem smatra se sudskom nagodbom (st. 7.).

⁸ Prema članku 18. Zakona o mirenju (NN 18/11; ZMI), ako su se stranke sporazumjele o provođenju mirenja i izrijekom se obvezale da tijekom točno određenog vremenskog razdoblja ili do nastupanja točno određenog uvjeta neće pokretati ili nastavljati sudske, arbitražne ili druge postupke, takav sporazum ima obvezujuć učinak. U tom slučaju, sud, arbitri ili druga tijela kod kojih se pokrene postupak o istom predmetu spora, odbacit će na zahtjev druge stranke akt kojim se postupak pokreće ili nastavlja.

⁹ Mimoparnični postupak radi sporazumnog rješenja spora mogao bi se svakako provesti i nakon okončanja parničnog postupka. Stranke bi, naime, i u tom postupku mogle naknadno drukčije urediti svoje odnose nego u odluci kojom je okončan parnični postupak.

¹⁰ Troškovima tih pret(mimo)parničnih postupaka trebalo bi, analogno kao i kad je riječ o troškovima parničnog postupka, smatrati troškove učinjene tijekom i u povodu tih postupaka (*arg. ex* 151/1.).

poduzimanja pojedinih pret(mimo)parničnih troškovnogenеративних радњи или опćenito nastupaња таквих околности.

Tроškovi pret(mimo)parničnih postupaka за мирно рјешенје спора, postupaka provedba којих би требала отклонити потребу водења парничног поступка не би се, према дословном значењу тих ријечи, могли сматрати трошковима који би настали у поводу парничног поступка јер су они троškovi поступка и радњи чија би успјешна provedba требала отклонити потребу покретања тога поступка, а не троškovi радњи које су подузете изван тога поступка ради његова припремања и његове што успјешније provedbe, троškovi радњи које су подузете у функцији будућег односно актуалног водења тога поступка.¹¹ Ипак, неовисно о ставу да троškovi pretparничног поступка за мирно рјешенје спора не би сами по себи имали значење троškova који би се могли оквалитирати као троškovi настали у поводу парничног поступка (151.), и тим би трошковима у начелу требало признати то значење. На такав би закључак, *per analogiam*, упућивала одредба која изријekom propisuje да се троškovi изванпарничног поступка за склапање судске нагодбе у којему није дошло до њезина склапања (324.) могу остваривати као дио троškova парничног поступка (159/2.). Ријеч је о одредби која се тиче поступка чија је правозащитна функција опćenito узевши у бити подударна с функцијом pret(mimo)parничних postupaka односно радњи подузетих ради мирног рјешенја спора.¹² У судској је пракси, међутим, значење троškova чија се накнада може тражити одређено призната само трошковима закoнски propisanih случајева **обвезатног** покушаја pretparничног извасудског споразумног рјешавања спорова. Таква је пракса (posredno) добила своју потврду и у одлуци Уставног суда Републике Хрватске према којој странка која је поднијела захтјев за мирно рјешенје спора државном одвјетништву (позивајући се на одредбе чланка 186.а ZPP-а, *v. infra ad 2.1.*) има право на накнаду троškova заступања по одвјетнику само ако се ради о захтјеву који се може остваривати у судском поступку, и то кад је поступање на темелју те одредбе било процесна pretpostavka за подношење туђе.¹³ Наведено стајалиште заузето у (уставно)судској пракси требало би бити мјеродавно и у случају у којему би обвезатност provedbe prethodног поступка мirenja била утаначена споразумом странака, јер и prethodна provedba таквог поступка има такођер, како је то већ речено, значење процесне pretpostavke о којој оvisи допуштеност подношења туђе (*arg. ex 18. ZMI*).¹⁴

¹¹ Једино би се троškovi судског «осигурања доказа» у поводу поступка за мирно рјешенје спора с Републиком Хрватском као дио троškova тога поступка (186.а/10., *v. infra ad 2.1.*) могли сматрати трошковима који би имали исту правозащитну функцију као и троškovi правог судског осигурања доказа (168/2.) - у мјери у којој би се могли користити као докази у будућем парничном поступку.

¹² PRANČIĆ, Pretparnični троškovi, стр. 868, 869., заступа стајалиште да у «вези с правом на накнаду троškova који су настали због обвезатног подношења захтјева за мирно рјешенје спора прије подношења туђе против Републике Хрватске нема мјеста позивању на одредбу чланка 324. ставка 3. ZPP-а, ни на одредбу чланка 159. ставка 2. ZPP-а», и то стога што из тих одредба «произлази да троškovi покушане нагодбе улазе у парничне троškove само ако је нагодба **покушана пред судом**, дакле ако се ради о судском покушају нагодбе». «Argumentum a contrario, троškovi покушане извасудске нагодбе не улазе у парничне троškove» закључује овај аутор.

¹³ Уставни суд у одлуци бр. US RH: У-III-15/2010 од 25.3.2010. (Информатор нови, бр. 5863/2010) донесеној у поводу уставне туђе против одлуке Врховног суда, број Revr-447/09-2 од 10. студеногa 2009. Оправданје за наведено тумачење домашаја одредба чланка 186.а ZPP-а (*v. infra ad 2.1.*) треба тражити у околности да се оне налазе у закону који уређује један судски поступак.

¹⁴ V. билј. 8.

U ovom ogledu, s obzirom na njegov zadani opseg, nastojat će se obraditi samo neki od slučajeva u kojima je zakonom propisana obvezatna provedba pretparničnog postupka radi mirnog rješenja spora. Neki od tih postupaka uređeni su ZPP-om, neki nizom posebnih zakona. U vezi s nekima od njih je izrijekom propisano da je njihova provedba uvjet za dopuštenost pokretanje parničnog postupka, kod drugih nije, što, ipak, ne utječe na takvo značenje njihove prethodne provedbe. Među obvezatnim postupcima za mirno rješenje spora posebno mjesto zauzimaju oni u kojima se kao stranka javlja Republika Hrvatska (v. *infra ad* 2.). Značenje takvih postupaka imaju i pretparnični postupak u medijskim stvarima (v. *infra ad* 3.), pretparnični postupak za ostvarivanje prava iz radnog odnosa (v. *infra ad* 4.), pretparnični postupak radi postizavanja izvansudskog sporazuma o naknadi štete s osiguravateljem (v. *infra ad* 5.). Navedeni postupci bit će predmet obrade u ovom ogledu.

2. TROŠKOVI PRETPARNIČNOG POSTUPKA ZA MIRNO RJEŠENJE SPOROVA IZ ČLANKA 186.a ZPP-a U KOJEMU KAO STRANKA SUDJELUJE REPUBLIKA HRVATSKA

2.1. Ostvarivanje naknade troškova pretparničnog postupka za mirno rješenje spora iz članku 186.a hrZPP-a kao parničnih troškova¹⁵

Osoba koja namjerava podnijeti tužbu protiv Republike Hrvatske dužna se je prije podnošenja tužbe obratiti sa zahtjevom za mirno rješenje spora državnom odvjetništvu koje je stvarno i mjesno nadležno za zastupanje na sudu pred kojim namjerava podnijeti tužbu protiv Republike Hrvatske, osim u slučajevima u kojima je posebnim propisima određen rok za podnošenje tužbe (186.a/1.1.). Taj zahtjev za mirno rješenje spora mora sadržavati sve ono što mora sadržavati tužba (186a/1.2.) Ako zahtjev podnesen državnom odvjetništvu ne bude prihvaćen ili o njemu ne bude odlučeno u roku od tri mjeseca od njegova podnošenja, podnositelj zahtjeva može podnijeti tužbu nadležnom sudu (186.a/5.). Sud će odbaciti tužbu protiv Republike Hrvatske podnesenu prije donošenja odluke o zahtjevu za mirno rješenje spora, odnosno prije isteka navedenog roka od tri mjeseca (186a/6.). Navedene odredbe ne primjenjuju se u slučajevima za koje je posebnim zakonom propisan postupak podnošenja zahtjeva za mirno rješenje spora nadležnom državnom odvjetništvu ili nekom drugom tijelu (186.a/7.). One se, međutim, na odgovarajući način primjenjuju i u slučajevima u kojima Republika Hrvatska namjerava tužiti neku osobu s prebivalištem ili sjedištem u Republici Hrvatskoj (186.a/8.). Kad ta osoba nagodbom preuzima obvezu prema Republici Hrvatskoj, takva nagodba je ovršna isprava kada dužnik ovjeri svoj potpis (186.a/9.1.). Kada Republika Hrvatska nagodbom preuzima obvezu prema drugoj stranci, takva je nagodba ovršna isprava kada je potpiše ovlaštena osoba u nadležnom državnom odvjetništvu i kada se njezin

¹⁵ U osnovi podudarno, iako uz određene razlike, uređena je i procedura za ostvarivanje naknade štete nastale uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija prema članku 9. Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, NN 113/03.2.2. (ZOŠTAJD). Naime, i tim je zakonom predviđeno obvezatno prethodno obraćanje državnom odvjetništvu i mogućnost pokretanja sudskog postupka tek ako se pitanje nakande ne uspije riješiti sporazumno. Zbog toga se i pitanje naknade troškova tog pretparničnog postupka postavlja analogno kao i pitanje naknade troškova pretparničnog postupka prema člank 186.a ZPP-a.

potpis ovjeri pečatom toga državnog odvjetništva (186.a/9.2.).¹⁶ Republika Hrvatska i podnositelj zahtjeva državnom odvjetništvu radi mirnog rješenja spora mogu nakon podnošenja zahtjeva za mirno rješenje spora zatražiti od suda da, primjenjujući na odgovarajući način odredbe ZPP-a za osiguranje dokaza, izvede dokaze za koje smatra da su nužni radi utvrđivanja činjenica o kojima će ovisiti zauzimanje stava o osnovanosti zahtjeva protivne stranke za mirno rješenje spora. Te dokaze može izvesti i sudski savjetnik, a imaju isto značenje kao dokazi izvedeni u postupku osiguranja dokaza. (186.a/10). Bila bi riječ o specifičnom sudskom postupku izvođenja dokaza za potrebe postupka izvansudskog postupka za mirno rješenje spora.

U vezi s navedenim pretparničnim postupkom za mirno rješenje spora s Republikom Hrvatskom javljaju se dvije kategorije troškova naknadu kojih se može ostvarivati u budućoj parnici ako taj postupak ne rezultira nagodbom koja će imati značenje ovršne isprave (*arg. ex* 186.a/9.).¹⁷ Prvu kategoriju čine troškovi koji mogu nastati strankama u tom postupku - Republici Hrvatskoj koju zastupa državno odvjetništvo i protivnoj stranci – neovisno o mogućim troškovima eventualnog izvođenja dokaza u vezi s tim postupkom (186.a/10.), npr. troškovi državnog odvjetništva kao zastupnika Republike Hrvatske i troškovi odvjetničkog zastupanja protivne stranke. Druga se kategorija tiče troškova sudskog izvođenja dokaza za potrebe nesudskog postupka za mirno rješenje spora (186.a/10.).

Zato što nije izrijeком propisano da se troškovi stranaka u postupku za mirno rješenje spora iz čl. 186.a ZPP-a mogu, ako ne dođe do nagodbe, naknadno ostvarivati u parničnom postupku, postavlja se pitanje načina na koji bi te troškove bilo moguće tako ostvarivati, ako bi to uopće bilo moguće. Pitanje je zapravo bi li se ti troškovi u načelu uzimali u obzir kao dio troškova naknadno pokrenutog parničnog postupka radi ostvarivanja zahtjeva glede kojega nije postignuta nagodba (*arg. per analogiam ex* 324., 159/2.)¹⁸ ili bi se radi njihova ostvarivanja morala pokrenuti posebna parnica u kojoj bi zahtjev za njihovu naknadu bio istaknut kao glavni zahtjev za naknadu specifične štete. Posebno, kad se radi o troškovima sudskog izvođenja dokaza u vezi s postupkom za mirno rješenje spora o kojemu je ovdje riječ, trebalo bi razriješiti dilemu bi li radi njihove naknade bilo moguće analogno primijeniti odredbu prema kojoj se troškovi izvanparničnog sudskog osiguranja dokaza mogu naknadno ostvarivati kao dio parničnih troškova prema uspjehu u parnici (168/2.).

Odgovor na postavljena pitanja ovisi, najprije, o tome mogu li se navedeni troškovi okvalificirati kao troškovi koji su nastali u povodu parničnog postupka (151/1.), a, zatim, o tome može li se na njih na odgovarajući način primijeniti odredba o postupanju s troškovima pokušane neuspjele izvanparnične sudske nagodbe (324., 159/2.), odnosno odredba o postupanju s troškovima prethodno provedenog izvanparničnog postupka osiguranja dokaza (168/2.).

Budući da se troškovi obeznatih pretparničnih postupaka radi mirnog rješenja spora u načelu trebaju tretirati kao troškovi nastali u povodu parničnog postupka u

¹⁶ Člankom 38. Zakona o državnom odvjetništvu (NN 67/18; ZDO) je posebno uređeno i postupanje državnog odvjetnika u predmetima izvansudskog rješavanja sporova.

¹⁷ Ako postupak za mirno rješenje spora dovede do sklapanja nagodbe, njome će u pravilu biti riješeno i pitanje troškova toga postupka. Ako se to, međutim, ne dogodi, problem naknade troškova postupka o kojemu je riječ postavljao bi se analogno kao i slučaju u kojemu pitanje troškova ne bi bilo riješeno u izvanparničnoj sudskoj nagodbi (159., 324.).

¹⁸ O sadržaju ovih odredaba v. *supra* ad 1.

širem smislu (v. *supra ad 1.*), na gore postavljena pitanja treba potvrdno odgovoriti: svi navedeni troškovi nastali u vezi s postupkom za mirno rješenje spora iz čl. 186.a ZPP-a imaju u načelu značenje troškova čija se naknada može zatražiti u eventualnom budućem parničnom postupku, dakle značenje parničnih troškova – uz primjenu istih onih kriterija po kojima se u parničnom postupku može zatražiti naknada troškova izvanparnične sudske nagodbe (324/3.). Takvo rješenje odgovara i (*supra ad I.*) navedenom stajalištu sudske prakse prema kojemu se troškovi **obvezatnih** izvansudskih postupaka radi mirno rješenja spora tretiraju kao troškovi nastali u povodu parničnog postupka čija se naknada može tražiti u tom postupku.

Troškovi sudskog «osiguranja dokaza» provedenog u vezi s izvansudskim postupkom radi mirnog rješenja spora o kojemu je riječ mogu se, neovisno o stavu koji se zauzme o mogućnosti da se odredba članka 159. stavka 2. ZPP-a na odgovarajući način primijeni i na troškove toga postupka, uzeti u obzir kao dio troškova naknadno provedenog parničnog postupka u mjeri u kojoj oni mogu imati značenje troškova prethodno provedenog sudskog postupka radi osiguranja dokaza (*arg. ex 168/2.*). Suđeno je da je tuženik dao povod za tužbu u slučaju u kojemu mu se tužitelj prije podnošenja tužbe - u skladu s odredbom čl. 186.a ZPP-a - obratio sa zahtjevom za mirno rješenje spora, na koji on nije odgovorio, zbog čega ni priznanje tužbenog zahtjev koje tuženik da u odgovoru na tužbu ne utječe na njegovu obvezu da naknadi troškove tužitelju.¹⁹

2.2. Naknada troškova postupka za mirno rješenje spora kad protivna stranka dobrovoljno ispuni svoju obvezu i ne dođe do sklapanja nagodbe

U vezi s troškovima obvezatnog prethodnog postupka za mirno rješenje spora prema članku 186.a ZPP u literaturi se postavilo pitanje ima li protivna stranka pravo na naknadu troškova zastupanja po odvjetniku u tom postupku, ako je protivna stranka nakon podnošenja prijedloga dobrovoljno ispunila obvezu te nije došlo do pokretanja parničnog postupka. Prema stajalištu sudske prakse taj stranci pripada to pravo jer se odredba članka 151. stavka 1. hrZPP-a mora tumačiti u tom smislu i to neovisno o tome je li stranka uspjela u parničnom postupku koji je uslijedio ili je protivna stranka dobrovoljno ispunila zahtjev prije pokretanja parničnog postupka, s time da u slučaju u kojemu je došlo do dobrovoljnog ispunjenja stranka koja je podnijela zahtjev ima pravo na troškove sastavljanja prijedloga po odvjetniku u skladu s odredbom članka 151. stavka 1. u vezi s člankom 154. stavka 1. hrZPP-a i tbr. 28. Odvjetničke tarife.²⁰ U literaturi je s time u vezi naglašeno da pritom nije bitno je li među strankama došlo do sklapanja nagodbe (186.a/4.) jer je svrha prethodnog obraćanja nadležnom državnom odvjetništvu da se izbjegne parnica sklapanjem nagodbe, ili dobrovoljnim ispunjenjem činidbe od strane Republike Hrvatske.²¹

¹⁹ VTSRH: Pž-2721/2011 – Izbor odluka VSRH (cit. IO VSRH) 1/2012-224. U konkretnom je slučaju ocijenjeno da je tuženik dao povod za tužbu zato što nije odgovorio na prijedlog nagodbe koji mu je poslao tužitelj, zbog čega se u tom slučaju nije mogla primijeniti odredba članka 157. ZPP-a o uvjetima uz ispunjenje kojih tuženik koji prizna tužbeni zahtjev može tražiti naknadu troškova od tužitelja.

²⁰ VSRH: Revr-659/09 od 26.8.2009. - <http://sudska.praksa.vsrh.hr>. Cit prema PRANČIĆ, Pretprocesni troškovi, 868.

²¹ PRANČIĆ, Pretprocesni troškovi, 868.

Protivna stranka troškove pretparničnog postupka za mirno rješenje spora ostvaruje kao troškove parničnog postupka ako u tom pretparničnom postupku ne bude sklopljena nagodba, odnosno ako Republika Hrvatska ne ispuni i bez nagodbe zahtjev protivne stranke (*arg. per analogim ex 159/2., 324.; v. supra ad 2.1.1.*). Tek ako država ispuni obvezu u skladu sa zahtjevom protivne stranke iako nagodba u postupku za mirno rješenje spora nije sklopljena, protivna stranka može svoje pravo na naknadu troškova toga postupka ostvarivati protiv Republike Hrvatske u parničnom postupku u kojemu će zahtjev za naknadu tih troškova biti glavni zahtjev.

Prema *supra ad 1.* navedenom stajalištu hrvatske (ustavno)sudske prakse troškovi pretprocesnog postupka za mirno rješenje spora koji je iniciran podnošenjem odgovarajućeg zahtjeva državnom odvjetništvu mogu se ostvarivati u parničnom postupku (kao glavni zahtjev) samo ako je odlučivanje o tom zahtjevu u sudskoj nadležnosti.²² Ipak, u vezi s ovim stajalištem valja primijetiti da treba razlikovati (barem) dvije situacije. Prva je ona situacija u kojoj se stranka obrati državnom odvjetništvu radi mirnog rješenja spora iz sudske nadležnosti (186.a) i u kojoj ona naknadno pokrene parnični postupak zato što pretparnični postupak za mirno rješenje spora nije okončan nagodbom. U toj je situaciji stranka ovlaštena u parničnom postupku zatražiti i naknadu troškova koji joj nastanu po osnovi odvjetničkog zastupanja u tom pretparničnom postupku zato što je provedba toga pretpostupka procesna pretpostavka za dopuštenost pokretanja parničnog postupka (*arg. ex 186.a/6.*).²³ Druga je situacija ona u kojoj se stranka obratila državnom odvjetništvu radi mirnog rješenja spora koji ne spada u sudsku nadležnost i u kojoj je, nakon što ne dođe do sporazumnog rješenja spora, pokrenula parnični postupak u kojemu je kao glavni zahtjev istaknula zahtjev za naknadu troškova koji su joj nastali po osnovi odvjetničkog zastupanja u vezi s neuspjelim pokušajem mirnog rješenja spora. U ovoj drugoj situaciji ne postoji nadležnost suda ni za traženje naknade troškova, osim ako taj put pravne zaštite ne bi bio izrijekom propisan, odnosno ako zbog posebne prirode odnosa koji bi bio zasnovan u povodu inicijative za sporazumno rješenje spora ne bi bilo osnove taj zahtjev ostvarivati kao zahtjev za naknadu štete po općim pravilima obveznog prava. U ovoj drugoj situaciji treba jednako postupiti kao i u slučaju u kojemu je sklopljena nagodba u kojoj nije riješeno i pitanje naknade troškova „postupka“ za mirno rješenje spora.²⁴

Analogna rješenja treba prihvatiti i u situaciji u kojoj je Republika Hrvatska koju je u postupku za mirno rješenje spora zastupalo državno odvjetništvo zatražila u posebnom parničnom postupku naknadu troškova postupka za mirno rješenje spora od protivne stranke koja je dobrovoljno ispunila svoju obvezu u povodu toga postupka. Status državnog odvjetništva je u tom pogledu izjednačen sa statusom odvjetnika kao punomoćnika stranke, neovisno o tome što je u postupku o kojemu je riječ državno odvjetništvo nastupalo kao zastupnik po zakonu Države (163.).

Ono što je rečeno u vezi s pravom stranke na naknadu troškova za kvalificirano zastupanje u pretparničnom postupku za mirno rješenje spora prema članku 186.a hrZPP-a treba uopćiti i primijeniti na sve slučajeve obvezatnog prethodnog pokretanja postupka za mirno rješenje spora s Državom, pa i na onaj naveden *infra ad 2.2.*

²² VSRH: Revr-659/09. V. i bilješku 13.

²³ V. bilješku 13. i tekst iznad te bilješke.

²⁴ V. bilješku 13. i tekst iznad te bilješke.

2.3. Naknada troškova parničnog postupka u kojemu je tužba odbaćena zato što nije proveden prethodni postupak za mirno rješenje spora

Ako sud odbaci tužbu koja je podnesena iako tužitelj nije pokušao prethodno provesti postupak za mirno rješenje spora prema odredbama čl. 186.a ZPP-a (186/6.) ili čl. 9. ZOŠTAJD-a, protivna bi stranka imala pravo na naknadu troškova postupka po pravilima koja su mjerodavna za naknadu troškova postupka i u drugim slučajevima u kojima dođe do odbacivanja tužbe, redovito po pravilima o konačnom snošenju troškova po načelu presumiranog davanja povoda za parnicu (154/1., 2.).

3. TROŠKOVI PRETPARNIČNIH POSTUPAKA U MEDIJSKIM STVARIMA

Nakladnik koji informacijom objavljenom u mediju prouzroči drugome štetu dužan ju je naknaditi, izuzev u slučajevima propisanim Zakona o medijima²⁵ (21/1. ZME). Pritom se štetom smatra umanjnje nečije imovine ili sprječavanje njezina povećanja (materijalna šteta) te nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta) (21/2. ZME).

Nematerijalna šteta u pravilu se naknađuje objavljivanjem ispravka informacije i isprikom nakladnika, te isplatom naknade sukladno općim propisima obveznog prava (22/1. ZME). Pravo na tužbu za naknadu nematerijalne štete sukladno općim propisima obveznog prava ima osoba koja je prethodno zatražila od nakladnika objavljivanje ispravka sporne informacije odnosno isprike nakladnika kada ispravak nije moguć (22/2. ZME). Tužba za naknadu štete može se podnijeti najkasnije u roku od tri mjeseca od dana saznanja za objavu informacije kojom je šteta prouzročena (23. ZME).

Objava **ispravka** može se zahtijevati u roku od 30 dana od objave informacije (40/2. ZME). Ispravak mora biti objavljen u prvom, a ako stigne prekasno, u drugom izdanju, odnosno programskom sadržaju medija nakon primitka ispravka. U vrijeme izborne promidžbe ispravak mora biti objavljen u prvom izdanju, odnosno programskom sadržaju medija nakon primitka ispravka (42/2. ZME).

Ako glavni urednik smatra da postoji koji od razloga zbog kojih nije dužan objaviti ispravak (41/4. ZME), dužan je pisano obavijestiti tražitelja o razlozima neobjavljivanja ispravka - u roku propisanom za objavu ispravka (42/5. ZME).

Ako glavni urednik ne objavi ispravak u roku i na način određen zakonom, podnositelj zahtjeva za ispravak ima pravo podnijeti tužbu protiv glavnog urednika kod općinskog suda na čijem se području nalazi sjedište, odnosno stalno prebivalište nakladnika medija putem kojega je bila objavljena informacija na koju se ispravak odnosi (46/1. ZME). Tužba se može podnijeti najkasnije u roku od 30 dana od proteka roka za objavu ispravka, odnosno od dana kada je ispravak bio objavljen na način koji nije bio sukladan Zakonu (46/2. ZME).

Unatoč tome što to nije izrijeком propisano u navedenim odredbama ZME-a koje uređuju postojanje i ostvarivanja prava na naknadu nematerijalne štete i prava na objavu ispravka informacije, treba uzeti da je provedba propisanog postupka u vezi s objavljenom informacijom **implicirana procesna pretpostavka** o kojoj

²⁵ NN 59/04, 84/11, 81/13.; ZME.

ovisi dopuštenost ostvarivanja tih prava. Naime, odredbom čl. 282. st. 1. ZPP-a predviđeno je da će sud nakon prethodnog ispitivanja tužbe donijeti rješenje kojim se tužba odbacuje, između ostaloga, **ako utvrdi da prije podnošenja tužbe nije proveden zakonom predviđeni postupak mirnog ili drukčijeg ostvarivanja prava, a zakonom je propisano da će se u tom slučaju tužba odbaciti ili da se bez toga ne može zahtijevati zaštita povrijeđenog prava pred nadležnim sudom.** Riječ je o odredbi koja nastanak prava na tužbu za naknadu nematerijalne štete prouzročene objavom informacije odnosno prava na tužbu za objavu ispravka informacije uvjetuju provedbom takvog prethodnog postupka, zapravo uvjetuju dopuštenost podnošenja takve tužbe njegovom prethodnom provedbom, zbog čega i posljedica neispunjenja tog uvjeta treba biti odbacivanje tužbe. Radi se o slučaju u kojemu odredbe koje uvjetuju nastanak prava na tužbu provedbom posebnog pretparničnog postupka treba protumačiti u smislu da one impliciraju da će se tužbe koje su podnesene, iako takav postupak nije proveden, odbaciti kao nedopuštene. U suprotnom bi navedene odredbe o obvezatnoj provedbi prethodnog pretparničnog postupka izgubile svoju pravnu relevantnost, bio bi iznevjeren njihov pravozaštitni smisao. Dodatni se argument u prilog stava koji se ovdje zastupa može pronaći u dijelu odredbe čl. 282. st. 1. ZPP-a prema kojemu će se tužba odbaciti i ako je «podnesena nepravodobno, ako je posebnim propisima određen rok za podnošenje tužbe», u dijelu te odredbe koji dopušta da se pojam nepravodobnosti protumači i u smislu preuranjenosti.

Ako se ne prihvati stav da je sankcija zbog podnošenja tužbe prije provedbe pretparničnog postupka za sporazumno rješenje spora odbacivanje tužbe, alternativa bi bila odbijanje tužbenog zahtjeva kao neosnovanog (*arg. ex 326/1.*).²⁶ Troškove pretparničnog postupka za objavljivanje ispravka informacije treba tretirati analogno kao i troškove postupka za mirno rješenje spora u kojemu se kao stranka javlja Republika Hrvatska (*v. supra ad 2.*).

Za naknadu troškova postupka u slučaju odbacivanja tužbe zbog neprovođenja prethodnog postupka za mirno rješenje ove vrste sporova vrijedi na odgovarajući način ono što je o tome rečeno u vezi s odbacivanjem tužbe zbog neprovođenje prethodnog postupka za mirno rješenje sporova s Republikom Hrvatskom (*v. supra ad II.*).

4. TROŠKOVI PRETPARNIČNIH POSTUPAKA ZA OSTVARIVANJE PRAVA IZ RADNIH ODNOSA

Radnik koji smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od petnaest dana od dostave odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo, odnosno od saznanja za povredu prava zahtijevati od poslodavca ostvarenje toga prava (133/1. ZR 14).²⁷ (2) Ako poslodavac u roku od petnaest dana od dostave navedenog zahtjeva radnika ne udovolji tom zahtjevu, radnik može u daljnjem roku od petnaest dana zahtijevati zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom (133/2. ZR 14). Zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom ne može

²⁶ Prema odredbi članka 326. stavka 1. ZPP, sud može naložiti tuženiku da izvrši određenu činidbu samo ako je ona dospjela do zaključenja glavne rasprave. Upravo stoga bi tužbu kojom bi se tražila osuda na nedospjelu činidbu trebalo odbiti kao neosnovanu.

²⁷ ZR: Zakon o radu, NN 93/14, 127/17.

zahtijevati radnik koji prethodno poslodavcu nije podnio zahtjev za ostvarenje prava (133/1. ZR 14), osim u slučaju zahtjeva radnika za naknadom štete ili drugog novčanog potraživanja iz radnog odnosa (133/3. ZR 14). Ako je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predviđen postupak mirnoga rješavanja nastaloga spora, rok od petnaest dana za podnošenje tužbe sudu teče od dana okončanja toga postupka (133/4. ZR 14). Navedene odredbe ne primjenjuju se na postupak zaštite dostojanstva radnika (134. ZR 14) (133/5. ZR 14).

Navedenim odredbama ZR-a nije izrijekom propisano da će sud odbaciti tužbu koja mu je podnesena unatoč tome što što nije proveden prethodni postupak predviđen u tim odredbama. Unatoč tome, trebalo bi, polazeći od odredbe članka 282. stavka 1. ZPP-a (v. *supra ad 3.*) u vezi s provedbom prethodnog pretparničnog postupka za otvaranje prava iz radnog odnosa, doći do zaključka da je sud dužan tako postupiti. Naime, prema toj je odredbi sud dužan, nakon prethodnog ispitivanja tužbe, donijeti rješenje kojim se tužba **odbacuje**, između ostaloga, ako utvrdi da prije podnošenja tužbe nije proveden zakonom predviđeni postupak mirnog ili drukčijeg ostvarivanja prava, a zakonom je propisano da će se u tom slučaju tužba odbaciti ili da se bez toga ne može zahtijevati zaštita povrijeđenog prava pred nadležnim sudom. To bi značilo da bi provedba toga postupka imala značenje specifične procesne pretpostavke zbog neispunjenja koje bi tužbu trebalo odbaciti kao nedopuštenu.²⁸

Ako se ne prihvati stav da bi sankcija zbog podnošenja tužbe prije provedbe pretparničnog postupka za sporazumno rješenje radnog spora bila odbacivanje tužbe, alternativa bi bila odbijanje tužbenog zahtjeva kao neosnovanog (*arg. ex 326/1.*).²⁹

Troškove pretparničnog postupka za ostvarivanje prava iz radnog odnosa trebalo bi tretirati analogno kao i troškove postupka za mirno rješenje spora u kojemu se kao stranka javlja Republika Hrvatska) (v. *supra ad 2.1.*).

Za naknadu troškova postupka u slučaju odbacivanja tužbe zbog neprovođenja prethodnog postupka za mirno rješenje ove vrste sporova vrijedilo bi analogno ono što je o tome rečeno u vezi s odbacivanjem tužbe zbog neprovođenja prethodnog postupka za mirno rješenje sporova s Republikom Hrvatskom (v. *supra ad 2.3.*).

5. TROŠKOVI PRETPARNIČNIH POSTUPAKA RADI POSTIZAVANJA IZVANSUDSKOG SPORAZUMA O NAKNADI ŠTETE S OSIGURAVATELJEM

Prema Zakonu o obveznim osiguranjima u prometu,³⁰ odštetni zahtjev po osnovi obveznog osiguranja u prometu (2/1. ZOOP-a) oštećena osoba može podnijeti neposredno odgovornom osiguratelju (11/1. ZOOP-a), koji je dužan u roku od 60 dana od dana primitka odštetnog zahtjeva utvrditi osnovanost i visinu toga zahtjeva te dostaviti podnositelju zahtjeva: 1. obrazloženu ponudu za naknadu štete, ako su odgovornost za naknadu štete te visina štete nesporne, ili 2. utemeljen odgovor na

²⁸ Tako i VSRH: Rev-1439/97 - IO VSRH 2/97 -102. V. i DIKA, Sudski postupak, str. 152., doduše za uređenje prema ZR-u iz 2009. (NN 149/09., 61/11., 82/12. i 73/13.), koji se glede pitanja o kojima je ovdje riječ ne razlikuje od važećeg uređenja. Slično i PRANČIĆ, Pretprocesni troškovi, str., 865., na osnovi sadržajno podudarnih odredaba ZR 09.

²⁹ V. bilješku 28.

³⁰ ZOOP, NN 151/05, 36/09, 75/09, 76/13, 152/14.

sve točke iz odštetnog zahtjeva u slučaju ako su odgovornost za naknadu štete ili visina štete sporne (12/1. ZOOP-a). Ako odgovorni osiguratelj u navedenom roku oštećenoj osobi ne dostavi obrazloženu ponudu za naknadu štete, odnosno utemeljeni odgovor, oštećena osoba može protiv njega podnijeti tužbu (12/3.1. ZOOP-a). Tužba podnesena protiv odgovornog osiguratelja ili odgovorne osobe prije proteka tog roka smatrat će se preuranjenom (12/3.2. ZOOP-a).

Provedba *supra* prikazanog pretparničnog postupka za sporazumno rješenje odštetnog zahtjeva ima značenje pozitivne procesne pretpostavke zbog neispunjenja koje tužbu treba odbaciti kao preuranjenu. Naime, sud je nakon prethodnog ispitivanja tužbe dužan odbaciti tužbu i ako utvrdi da je podnesena nepravodobno, ako je posebnim propisima predviđen rok za njezino podnošenje (282/1., v. *supra ad 3.*), i to stoga što i «preuranjenu» tužbu treba svakako smatrati nepravodobnom.³¹ U prilog takvom tumačenju govorio bi i *ratio legis* propisanog pretparničnog postupka, postupka čiji je smisao navesti stranke da pokušaju sporazumno prevladati spor u određenom roku prije obraćanja sudu. Bez odgovarajuće postupovnoppravne sankcije, odredba koja bi propisivala provedbu takvog postupka izgubila bi svoj smisao. S druge strane, ako bi se u ovom kontekstu preuranjenost tužbe okvalificirala kao razlog za odbijanje zahtjeva (*arg. ex 326/1.*),³² kao razlog za donošenje meritorne odluke, izložilo bi se tužitelja, kao redovito slabiju stranku u odnosu, preteškoj sankciji.³³

Suđeno je da odgovorni osiguratelj (tuženik) kojem oštećenik (tužitelj) prije podnošenja tužbe nije podnio odštetni zahtjev u skladu s odredbama ZOOP-om i koji je nakon primitka tužbe odmah u cijelosti priznao tužbeni zahtjev, nije dao povoda pokrenutoj parnici pa stoga nije ni dužan naknaditi parnični trošak tužitelju, već je tužitelj dužan njemu naknaditi prouzročeni trošak.³⁴

Kad je riječ o troškovima pretparničnog postupka radi postizavanja izvansudskog sporazuma o naknadi štete s osiguravateljem i o mogućnosti njihova naknadnog ostvarivanja kao dijela troškova parničnog postupka i/ili u posebnoj parnici, vrijedi u načelu isto što i za troškove ostalih pretparničnih postupaka (v. *supra ad 2. i 3.*).

U praksi su troškovi tužitelja kao oštećenika nastali prije pokretanja parničnog postupka podnošenjem odštetnog zahtjeva po odvjetniku protiv tuženika kao osiguravatelja priznati kao parnični troškovi nastali u povodu parničnog postupka.³⁵ *Ratio decidendi* na kojemu se temelji izložena praksa trebalo bi generalizirati barem u smislu da bi stranka imala pravo da u parničnom postupku traži naknadu svih troškova postupka koje je imala u postupcima koje je prethodno morala pokrenuti i voditi da bi smjela pokrenuti parnični postupak.

³¹ Ovdje bi se značenje pojma nepravodobnosti postavljalo u nestandardnom smislu, u smislu koji ga ne bi vezao uz protek prekluzivnog roka, već uz okolnost da nije protekao propisani rok za poduzimanje određenih radnji. U smislu odredbe članka 282. stavka 1. ZPP-a nepravodobnost ne bi značila samo zakašnjost već i preuranjenost.

³² V. bilješku 28.

³³ O stavovima u literaturi da podnošenje odštetnog zahtjeva prije pokušaja provedbe pretprocesnog postupka za sporazumno rješenje spora nije procesna pretpostavka za dopuštenost tužbe, zbog čega sud nije ovlašten odbaciti tužbu ako je oštećenik propustio podnijeti taj zahtjev osiguravatelju (CRNIĆ, *Zahtjev*, str. 426.; PRANČIĆ, *Pretprocesni troškovi*, str. 867.) v. bilj. 25.

³⁴ ŽS BJ: Gž-1807/2011-2 - IO VSRH 2/2012-202.

³⁵ VSRH: Rev-147/2010-2 - IO VSRH 1/2012-223.

Zato što u slučaju u kojemu je pretrpio neimovinsku štetu oštećenik ima pravo u postupku pred odgovornim osigurateljem priložiti ekspertizu neovisnog vještaka kojeg je osobno izabrao (12/5. ZOOP-a), treba mu priznati i pravo da traži naknadu troškova i takve ekspertize kao dijela parničnih troškova, odnosno, podredno, ako to ne bi bilo moguće - u posebnoj parnici (v. *supra ad 2.*).

Za naknadu troškova postupka u slučaju odbacivanja tužbe zbog neprovođenja prethodnog postupka za mirno rješenje ove vrste sporova vrijedi na odgovarajući način ono što je o tome rečeno u vezi s odbacivanjem tužbe zbog neprovođenja prethodnog postupka za mirno rješenje sporova s Republikom Hrvatskom (v. *supra ad 2.3.*).

VI. ZAVRŠNE NAPOMENE

Nastojanja da se sporovi u što je moguće većoj mjeri rješavanju mirnim putem, sporazumno, dobiva u hrvatskom pravu, ali i na komparativnoj razini, sukcesivno, sve veće značenje. Takvo rješavanje sporova svakako, uz ostalo, bitno pridonosi rasterećenju sudova, ali i razvijanju kulture mirnog prevladavanja nesporazuma i sukoba u odnosima između pravnih subjekata i time jačanju stabilnosti pravnog poretka i pravne sigurnosti. Ne treba pritom zanemariti ni ekonomsku dimenziju takvog rješavanja sporova. U navedenim razlozima treba tražiti i sukcesivno povećanje broja slučajeva u kojima hrvatski zakonodavac pribjegava propisivanju obvezatnog prethodnog pokušaja mirnog rješavanja sporova. U okviru nastojanja o kojima je riječ nužno je riješiti i pitanje troškova tih pretparničnih postupaka u slučajevima u kojima se u njima ne uspije postići sporazumno prevladavanje spora. Priznavanjem troškova i tih postupaka kao troškova nastalih u povodu parničnog postupka dopunski se stimuliraju stranke za mirno rješenje spora, jer se time, u pravilu, s jedne strane, nesavjesne stranke sankcioniraju zbog opstruiranja takvog rješenja spora, dok će, s druge strane, savjesnim strankama pruža satisfakcija u slučaju uspjeha u naknadnom parničnom postupku. Osjetljivost i značenje troškova pretparničnih postupaka za mirno rješenje sporova zahtijeva da se prigodom uređenja tih procedura i statusa njihovih troškova u eventualnim naknadnim parničnim postupcima prida mnogo veća pažnja nego što je to *de lege lata* slučaj u hrvatskom pravu. Na niz pitanja koja se općenito tiču toga statusa i koja bi trebalo adekvatnije zakonski urediti, ali i na takva pitanja koja se javljaju i u vezi s određenim slučajevima obvezatne provedbe prethodnih postupaka za mirno rješavanje sporova nastojalo se upozoriti u ovom ogledu.

**THE COSTS OF CERTAIN PRELIMINARY NON-JUDICIAL
PROCEEDINGS FOR CONCILIATORY RESOLUTION OF CIVIL
DISPUTES AS THE COSTS INCURRED IN CONNECTION WITH CIVIL
LITIGATION PROCEEDINGS ACCORDING TO CROATIAN LAW**

(Summary)

In this paper, from the perspective of Croatian law, the author first examines whether the costs of preliminary non-judicial proceedings for conciliatory resolution of civil disputes, may generally be recognised as the costs incurred in connection with civil litigation proceedings and their compensation may thus subsequently be sought within the same proceedings. In addition, the author addresses the possibility of recognising the costs incurred in certain previously conducted obligatory non-judicial proceedings for the conciliatory resolution of civil disputes with the Republic of Croatia and in the same type of proceedings for the resolution of mass-media and labour disputes, as well as disputes with insurance companies.

Keywords: peaceful settlement of disputes, civil proceedings, costs of proceedings

LITERATURA:

1. CRNIĆ, Ivica, Zahtjev za mirno rješenje spora prema državi, osiguratelju, poslodavcu i nakladniku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 16, Organizator, Zagreb, 2009. (cit: CRNIĆ, Zahtjev)
2. DIKA, Mihajlo, Građansko parnično pravo, IV. knjiga, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, 2008. (cit: DIKA GPP; IV.).
3. DIKA, Mihajlo, Sudski postupak u radnim sporovima zbog povrede prava iz radnih odnosa, u «Ogledi o novom Zakonu o radu», zbornik radova, 2010. (cit.: DIKA: Sudski postupak).
4. GRBIN, Ivo, Vrijednost predmeta spora te troškovi parničnog postupka, Pravo u gospodarstvu, br. 6/2007., (cit.: GRBIN, Vrijednost predmeta spora)
5. PRANČIĆ, Vicko, O naknadi pretparničnih troškova u parničnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. 4/2010., (cit.: PRANČIĆ, Pretparnični troškovi),
6. TRIVA, Siniša i DIKA, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., 2004., (cit.: TRIVA-DIKA, GPPP).

Д-р Весна Ракић-Водинелић
редовна професорица универзитета у пензији

АМАНДМАНИ НА УСТАВ СРБИЈЕ О ПРАВОСУЂУ УСВОЈЕНИ НА РЕФЕРЕНДУМУ 2022.

342.4.047:347.96/.99(497.11)“2022”

342.573:342.4.047(497.11)“2022”

изворна научна статија

Критички приказ амандмана на Устав Србије усвојених 2022, са дубљим освртом на састав и генерисање правосудних савета.

Кључне речи: устав, амандмани, правосудски савети, судство, тужилаштво.

*„Јагна је њравда која мора да се њравда“
Владимир Булајновић ВИБ*

Због чега је Србија 2017. приступила промени свог Устава, а 2022. усвојила уставне амандмане о правосудју? Нажалост, није то био резултат неке новостечене конституционе енергије, учињено је то зато што је Србија морала извести неке реформе у правосудном систему због спољног притиска. Уставна промена изнуђена је обећањима датим током преговора које је држава већ обавила пре него што су отворена поглавља 23 и 24 за приступање ЕУ, у наставку тих преговора и коначно због услова који се морају испунити да би преговори били закључени и ова поглавља „затворена“. Зато усвојени уставни амандмани представљају у суштини камуфлирано одржавање постојећег стања, а не озбиљну тежњу да се постигне могућа независност правосудја.

1. Припремање амандмана

Још пре обелодањивања нацрта уставних амандмана било је довољно јавних назнака за тврдњу да Министарство правде нема јасне идеје о начину побољшања постојећег правосудног система, иако су циљеви, а донекле и средства били постављени још 2013. године. Тада је Народна скупштина, уз доминацију Српске напредне стране (СНС) усвојила Националну стратегију реформе правосудја за период 2013 – 2018 године (Стратегија). Међутим и пре објављивања првог радног текста нацрта уставних амандмана, стратешки циљеви су били озбиљно довођени у питање углавном политичким изјавама које су се критички односиле према принципу поделе државних власти.

Битне новине од самог почетка биле су концентрисане на генерисање оних тела која треба да бирају судије и јавне тужиоце, али и на слабо прикривено умањивање уставних гаранција положаја судија и тужилаца.

Коментарисање судских одлука и уопште рада судија и тужилаца са самог врха власти баш у то време постало је свакодневица. Иако у препоруци Комитета министара СЕ СМ/Rec(2010)12, тачка 18. стоји: „Ако коментаришу одлуке судија, извршне и законодавне власти требало би да избегавају критике које би подриле независност правосуђа или поверење јавности у њега. Такође би требало да избегавају поступке који могу довести у питање њихову спремност да се повинују одлукама судија, изузев изјава о својој намери подношења жалбе.“ Надаље, очекивало би се да уставна правосудна реформа – поред општих циљева, који се свODE на независност судства и на стварну (ефективну) трећу државну власт, тј. правну власт над политичком – одговори и на неке специфичне потребе датог друштва. Специфичне друштвене потребе у Србији тичу се правосудног одговора на корупцију у разним облицима и у свим гранама државне власти, извршној, законодавној и судској. Тичу се и наслеђа ратне прошлости Србије. На то је држава, уосталом, обавезана Националном стратегијом за борбу против корупције и Националном стратегијом за процесуирање ратних злочина и злочина против човечности. У области унапређења људских права нема целовите стратегије, али постоји неколико парцијалних стратешких докумената које је усвојила Влада Републике Србије. Мало шта је из ових стратешких докумената нашло места у законодавству, а у амандманима на Устав – готово ништа.

Стратешки циљ – да се избор, напредовање, одговорност и престанак судијске (тужилачке) дужности изузме из утицаја политике, политичара, политичких странака и државних функционера – није успео не само у првом радном тексту уставних амандмана, није успео до краја. *Modus operandi* састојао се у формалној примени препорука европских тела која се баве независношћу правосуђа, а да се положај судства и тужилаштва одржи у стању зависности које постоји данас, али не само данас.

Аутори првог радног нацрта су били анонимни, а из Министарства правде саопштено да су то радили запослени у том Министарству, те је тај први радни текст био назван „чиновничким амандманима“.

При свему томе, у време објављивања првог радног текста нити је Влада предложила, нити је Скупштина усвојила предлог да се приступи промени Устава.¹

Потом је уследила дебата о првом радном тексту која се одликовала неприличним карактеристикама. На пример:

- Приликом припреме радног текста амандмана Министарство је игнорисало налазе, закључке и предлоге сопствених радних група, које су детаљно анализирале одредбе Устава о правосуђу и предложили правце промена.²
- Организовало је Министарство заправо фиктивну дебату, игноришући стручна удружења и невладине организације које су припреми-

¹ Детаљније о значају овог пропуста: *Сведочанство – припреме за промену устава из 2006. године и струга*, Друштво судија Србије, Београд, 2018 (даље цит: *Сведочанство*, Центар за правосудна истраживања (ЦЕПРИС), Коментари о радном тексту амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије, стр. 213.

² *Сведочанство*, Весна Ракић Водинелић, Правно-политички циљеви уставних амандмана о правосуђу, стр. 235, 236.

ле и понудиле нацрте уставних текстова, фаворизујући у завршници, тј. приликом објављивања првог радног нацрта само један – „чиновнички“ идејни предлог.³

- Саветници и државни чиновници Министарства правде су се, у заостреним тренуцима дебате, недостојним аргументима конфронтирали са стручном јавношћу, нарочито са судијама.⁴

До краја 2018. Министарство правде је објавило четири верзије амандмана, иако за припрему текста није надлежно оно: текст треба да припреми скупштински одбор. Ипак припрема амандмана је враћена у скупштинске оквире, али је уследила двогодишња „пандемијска пауза“, да би 2020. године рад био настављен. Иако је формирана радна група, мало података о њеном раду, а нарочито о резултатима било је доступно не само општој, него и стручној јавности. У том раздобљу, од 2020 - 2022 Венецијанска комисија предочила је четрдесетак примедба и сугестија од којих су неке стварно прихваћене, неке фиктивно, а преко неких се једноставно прешло.

Најзад, на седници од 26. октобра 2021. године, Одбор за уставна питања је утврдио Нацрт амандмана на Устав који је усвојила Народна скупштина, потом је 16. јануара 2022. одржан референдум на коме су амандмани усвојени. Акт о промени Устава проглашен је 9. фебруара 2022.

2. Централно питање – правосудни савети

Недовољно идејно одређени и организационо лоше спроведени припремни радови нису могли резултирати добрим текстом уставних амандмана, текстом који може да издржи озбиљну критику.

Од бројних државних функционера и службеника може се чути теза да се Народна скупштина, као политички орган, „повлачи“ из правосуђа. Ова теза је један од битних стратешких циљева поменуте Стратегије реформе правосуђа 2013-2018. Она, међутим, није потврђена нацртом уставних одредаба о правосуђу, а нажалост ни усвојеним амандманима.

Одредбе о правосудним саветима (Врховном савету судства – ВСС и Врховном савету тужилаца – ВСТ) потенцијално погоршавају декларисану независност ових тела као таквих, а посредно судија и судства, а нарочито тужилаца. Конструисани су тако да се судство чак ни нормативно не успоставља као трећа грана државне власти. Иако је привидно умањен политички утицај Народне скупштине, показале се да, могуће чак ни по правилу, тај утицај неће бити смањен. Има решења управо за спорне ситуације (а текве су у Србији веома честе), која појачавају не само утицај Скупштине већ високих функционера легислативне, извршне и судске власти, непосредно. Стога, довољно је основа за тврдњу да је још једном изиграна идеја реформе као позитивне друштвене промене

³ *Сведочанство, Рајко Марковић*, Нека судије и тужиоци мисле својом рођеном главом, стр. 232.

⁴ *Сведочанство, Сава Ђурђић*, Сведочење о расправи о Нацрту амандмана Министарства правде на Устав, стр. 221.

а) Прейходно сѝраиешко иишане

Подвлачим да ни у једном од стратешких докумената, ни у нацртима уставних одредаба о правосуђу, не само оног који је објавило Министарство правде, него ни у онима које потичу од невладиних организација и политичких странака, а разуме се ни у усвојеним уставним амандманима, није анализирана потреба да ли су Србији потребна два правосудна савета – судски и тужилачки. Ова два савета су тековина Устава Србије из 2006. године, а да никад није било довољно објашњено због чега треба да постоје два правосудна савета – један за судије, један за тужиоце.

По закону⁵ из 2001. постојао је један Високи савет правосуђа.

Аргументи за један заједнички савет нису безначајни. Најпре, Србија је мала земља, а у далеко већим земљама, чији су правосудни савети инспирисали таква тела у готово свим европским државама после пада Берлинског зида, постоји један јединствени правосудни савет. Србија има релативно висок број судија и тужилаца на 100.000 становника, кад се упореди са другим европским државама,⁶ али апсолутни бројеви у многољуднијим државама су већи и то није сметња за један правосудни савет. Положај судија и јавних тужилаца се у Србији, после реформе кривичног поступка 2011. године приближио: уведена је тужилачка уместо судске истраге, а бројне надлежности које је раније имао истражни судија постале су део надлежности јавних тужилаца. То је захтевало да они стекну не само нормативно својство самосталности, које и по усвојеним амандманима имају, него и независности, које (као ни у Уставу 2006), у усвојеним амандманима нема. Право на правично суђење, према пракси Европског суда за људска права, обухвата и контролу рада тужилаца у време истраге, па има довољно суштинских и системских разлога за јачање независности тужилаца.⁷ Најзад, стручно усавршавање судија и тужилаца логично је и економично ставити под контролу једног правосудног савета, јер су захтеви професије битно слични. Општа обука кандидата за судије и тужиоце која се обавља у суду или тужилаштву, 2012. године, према подацима *СЕРЕЈ* била је обавезна у 18 држава – чланица Савета Европе. Међу њима је и Србија. О овој обуци успостављен је стандард да је мора контролисати тело које је независно од извршне и законодавне власти, а које претежно чине судије и/или тужиоци.⁸ Међутим данас такву контролу не врше правосудни савети у Србији.⁹

⁵ Закон о високом савету правосуђа “Сл. Гласник РС“, бр. 63 од 8. новембра 2001; 42/02, 39/03, 41/03, 44/0461/05)

⁶ Укупан број судија, рачунајући и судије за прекршаје, креће се око 3.000. Јавних тужилаца и њихових заменика је, према подацима *СЕРЕЈ*, 2012. године, било 1.088. Према извештају *СЕРЕЈ*, www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_201_en.pdf, стр. 161, у 2012. години Србија је имала 40,5 судија на 100.000 становника. Европски просек броја судија на 100.000 становника те године је био 19, 7 судија на 100.000 становника (стр. 159). Тужилаца и њихових заменика било 15,1 на 100.000 становника, а просечан број тужилаца и заменика је тада био 11,7 на 100.000 становника https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf, стр. 293.

⁷ Такав став, првобитно заузет још 1989. године, одржао се до данас. О аргументацији, в. нарочито водеће одлуке у поступцима *Imbrioscia* против Швајцарске, No 13972/1989 и *Vera Fernandez Huidobro*, No 74181/2001.

⁸ *СЕРЕЈ*, https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf, стр. 292.

⁹ https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf, стр. 293

Основни политички разлог, који се, разуме се, не изриче гласно да се раздвоје судски и тужилачки савет јесте стављање тужилаца под снажнију контролу извршне власти.¹⁰

б) *Сас̄тав и њенерисање Високої савет̄иа суд̄с̄т̄ива*

У центар пажње уставних амандмана стављени су судски и тужилачки савет и питања избора, унапређења и дисциплинске одговорности судија и тужилаца. Ако је увид у уставна решења површан, стекао би се утисак да је нормативно стање побољшано. То је, међутим, варка.

Нови Високи савет судства састоји се од 11 чланова, од којих су шест судије које бирају саме судије. Седми члан је, такође судија, али је у Савету по функцији: то је председник (данас председница) Врховног касационог суда. Четири члана су такозвани истакнути правни стручњаци које бира Народна скупштина. О томе шта се подразумева под „истакнутим правним стручњаком“ у амандманима можемо да прочитамо толико да се ради о лицу које је најмање 10 година радило на пословима у области права. Процедура њиховог избора отпочиње расписивањем конкурса, које спроводи надлежни скупштински одбор. Тај одбор предлаже Скупштини осам кандидата, а међу њима Скупштина бира 4 кандидата и то квалификованом, двотрећинском већином. Будући да Скупштина Србије има 250 посланика, за кандидата се мора изјаснити најмање 167 посланика.

Двотрећинска већина се иначе, кад је у питању избор појединца, не предвиђа ни у једном другом случају у Уставу, ни онда кад се врши избор судија Уставног суда, који би морали бити чувари Устава, а ни кад се, на пример бира Заштитник грађана (Ombudsman)! Подвлачим – да би се изабрао истакнути правни стручњак за члана ВСС потребна је двотрећинска већина за сва четири таква члана. С обзиром на ову високо постављену већину, а узимајући у обзир чињеницу да од осам треба изабрати четворо, у парламенту чији састав у овом тренутку још није познат, јер је понављање избора у току, а у Скупштини је ушао поприличан број међусобно завађених странака (праг је снижен на 3%), у наредном мандату ове Скупштине тешко је очекивати да се таква већина постигне. Напротив, готово је извесно да ће ово наопако уставно решење закочити избор или, пак, охрабрити политичко именоване истакнутих правних стручњака.

А ако се њихов избор не изврши у прописаном року, онда на основу непосредно примењиве уставне норме о томе одлучују *функционери*, тј. једно неформално тело које се састоји од председника Народне скупштине, Врховног јавног тужиоца, председника Уставног суда, председника Врховног касационог суда и Заштитника грађана. Кад се има у виду да на избор Врховног државног тужиоца пресудно утиче Скупштина, ствар постаје јеснија. Наиме, с обзиром на састав парламента, избор четири истакнута правна стручњака редовно ће вршити *ad hoc* тело састављено не само од професионалаца, већ и од политички утицајних људи. Да ствар буде дотерана до апсурда, потребно је нагласити да садашња председница Врховног касационог суда, на основу Уставног закона

¹⁰Сведочанства, *Зоран Ивошевић*, Кукавичја јаја у правосудним гнездима, стр. 339.

за спровођење амандмана,¹¹ има право на још један мандат, а садашњи је стечен нескривеним утицајем извршне власти. Она ће, дакле, утицати на избор чланова ВСС који нису судије, а они ће је, укључујући и њу саму заузврат бирати још једном за председницу Врховног касационог суда.¹²

Дакле, теза да Народна скупштина те тиме и политичке преференције неће суделовати у формирању судског савета је празно обећање, зато што ће, с обзиром на састав Скупштине редовна пракса бити избор од стране неформалног тела које има сопствене политичке интересе. Не треба изузимати председнике високих судова из групе оних који имају јасна политичка обележја. Практика избора личности у Србији то јасно показује.

Кад ВСС једном буде формиран, можда би се ипак могло очекивати да шест судија које бирају судије ипак заступају професионалне, а не политичке ставове и да се тиме може обезбедити професионална већина. Мора се међутим знати и о томе неколико битних чињеница. У последњи час, неколико дана пре објављивања коначног нацрта уставних амандмана, било је предвиђено да судски савет одлучује и то о сваком питању квалификованом већином од осам чланова, што је био израз очекивања да политички ставови елиминирају професионалне критеријуме. Одредба је избрисана под значајним притиском Венецијанске комисије и Друштва судија Србије. Међутим, један од високих функционера владајуће Српске напредне странке (СНС) је јавно обзнанио да ће законом о судском савету који ће уследити бити прописана већина од осам чланова у телу које се састоји од 11.¹³

Предвидети оваква решења самим Уставом значи учинити неизвесну корупцију могућом. Не мора бити у питању материјална корупција, већ корумпирање кандидата понудама, изгледима и могућностима. Могли су се несумњиво наћи бољи модалитети, уз досада владајућу већину укупног броја посланика у парламенту.

в) Сасијав и тенерисање Високої савешта иџушилаца

У односу на раније уставно решење предвиђен је мањи број изборних тужилаца (оних које бирају тужиоци). И овај Савет се, на основу амандмана састоји од 11 чланова. Пет чланова су изабрани тужиоци које бирају тужиоци, један члан је министар правде, по функцији, а такође по функцији – један члан је Врховни јавни тужилац, а четири члана су истакнути правни стручњаци. Дакле, професионалци – тужиоци су и мањини, један члан је министар, високи функционер извршне власти, један члан је Врховни тужилац кога бира Народна скупштина, а четири истакнута правника, као и код ВСС, такође бира Скупштина.¹⁴

¹¹ Званични назив овог акта гласи Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије, „Сл. гласник РС“, 115/2021; закон је ступио на снагу даном проглашења Акта о промени Устава, после спроведеног референдума.

¹² Описана решења садржана су у Амандману XIII на Устав Србије 2006.

¹³ Софија Манџић, <https://pescanik.net/vucic-i-29-patuljaka/>

¹⁴ Одредбе о саставу ВСТ садржане су у Амандману XXVI на Устав Србије 2006.

Све критичке примедбе које се односе на четири истакнута правника члана ВСС, важе и у овом Савету.

Врховног јавног тужиоца бира парламент – ту је ипак учињено важно побољшање, јер се више не бира на предлог Владе, него на основу конкурса – и то већином од три петине укупног броја посланика, што је квалификована, необично израчуната већина. Ако се та већина не постигне, највишег тужиоца бира оно исто неформално тело које бита истакнуте правнике у судски савет, а с обзиром на реално стање у парламенту, то ће постати редован начин избора.

Иако амандмани предвиђају да се исто лице може бирати за Врховног државног тужиоца само једном, на основу Уставног закона, ранији избори се не рачунају, па особа која је недавно изабрана, а то јој је већ четврти мандат, може бити бирана још једном. Њен рад је у професионалној и општој јавности оштро критикован, нарочито због неуспеха тужилаца у Србији да се макар у скромној мери боре и изборе са организованим криминалом и корупцијом.¹⁵

г) Надлежност и правосудних савета

Оно што се истиче као битно побољшање у односу на оригинерни Устав из 2006. јесте:

За судство

- нема више „пробног“ мандата који је износио три године;
- судије не бира Народна скупштина, већ Високи савет судства;
- председнике судова – од највишег до најнижег – више не бира Скупштина, већ Високи савет судства;
- судије се и даље бирају без ограничења мандата;
- у надлежности Високог савета судства и даље остаје избор, унапређење и дисциплинска одговорност судија.¹⁶

Међутим, све ове предности остају у сенци девијантних уставних решења која уређују састав и генерисање Високог савета судства.

За тужиоце

- све тужиоце изузев Врховног државног тужиоца, бира Високи савет судства;
- заменици тужиоца постају тужиоци и сматра се да ће тај назив допринети њиховој еманципацији од оних досадашњих тужилаца, тј. оних који стоје на челу тужилаштва, за шта нема довољно основа;
- тужиоци, ранији заменици и даље се бирају без ограничења мандата,

¹⁵ *Sofija Mandić, Zagorka Dolovac ponovo među tužiocima*, <https://pecanik.net/zagorka-dolovac-ponovo-medju-tuziocima/>

¹⁶ Амандман XII на Устав Србије 2006.

док се тужиоци који стоје на челу тужилаштва („главни јавни тужиоци“) бирају на време од шест година и не могу бити поново бирани;¹⁷

Као и за судство и то у јакој мери, мора се подвући да ове предности потиरे начин генерисања Високог савета тужилаца, а поред тога и још нешто: издавање обавезног упутства Врховног јавног тужиоца постало је уставна категорија, уместо досадашње законске. *Ratio constitutionis* није експлициран, што најмање значи једну можда опасну неизвесност.

3. Празнине и погоршања

Једини суд који се изрично помиње у амандманима на устав је највиши суд. У односу на оригинерни Устав, његов назив је промењен – више није Врховни касациони суд, већ Врховни суд. Промена назива индицира измену процесних закона и увођење могућности да тај Суд одлучује не само о ванредним правним лековима, као данас, већ и о редовним.

За разлику од ранијег уставног решења којим су биле постављене елементарне основе организације судова у Србији одредбом да се судови могу оснивати као судови опште и посебне надлежности, овакве нити сличне одредбе у уставним амандманима више нема. Ова празнина значи да законодавац неће имати бар минимум ограничења, што омогућава да се законом о судовима уведу, врате или реинкарнирају неки раније постојећи судови, али и да се сада постојећи судови укину. Овако - не може се искључити, на пример, враћање војних судова, или, уместо ранијих судова удруженог рада – креирање посебних судова за радне спорове. Повремено су се у историји правосуђа Србије лансирале идеје о непотребности привредних судова. Такође било је, не тако давно идеја да у Србији треба формирати један апелациони суд, уместо четири данас постојећа. Ова празнина може да угрози и судије које су, преко својих удружења изразиле задовољство текстом уставних амандмана, нарочито зато што је Уставни закон за спровођење амандмана гарантовао да судије настављају да раде у судовима у које су изабрани. А шта ако не буду постојали? Треба се присетити преваре извршне власти из 2009. године, када су замењени називи судова (од општинских постали основни, од окружних виши итд.), те је то било третирано као оснивање нових судова, што је довело до тога да је свим судијама (и тада у трајном мандату) престала судијска функција и расписан општи избор и реизбор судија који је био очигледно подвргнут политичким критеријумима и био праћен бројним повредама процедуре.¹⁸

Иако су то били дугогодишњи захтеви судијских и тужилачких удружења, током рада на уставним амандманима уопште није разматрано питање правосудне буџетске аутономије, а то је била једна од идеја Националне стратегије о реформи правосуђа и очекивало се поводом припрема уставне промене о надлежности правосудних савета.¹⁹

¹⁷ Амандмани XXIII – XXV на Устав Србије 2006.

¹⁸ О детаљима ове неуспешне реформе објављена је књига - *Весна Ракић Водинелић, Ана Кнежевић Бојовић, Марио Рељановић, Реформа правосуђа у Србији 2008 – 2012*, Београд, 2012.

¹⁹ *Сведочанство*, Коментари Друштва судија Србије на Нацрт амандмана на устав Републике Србије, стр. 392.

Припрема и предлагање закона који треба да уследе после доношења амандмана и даље остаје у надлежности и под пуном контролом Министарства правде и Владе, упркос томе што је још Националном стратегијом реформе правосуђа 2013 – 2018 била стратешки предвиђена сарадња са судовима и тузилаштвима, удружењима и правном науком, управо на том послу.

И тако даље.....

4. Референдум о уставним амандманима

Јавне дебате о уставним амандманима, изузев о нацртима објављеним током 2018. године, није било. Некаква „замена“ је организована на начин који дебату заправо укида. Јавност је била позвана да своја мишљења и предлоге упути електронском поштом Министарству правде, на начин на који се није могло сазнати шта је ико други изузев „дописника“ мислио или предлагао.

У сфер, политике садржина амандмана и позив на укључивање јавности макар у елементарну представу о томе шта се и због чега мења, држано је на неопростиво ниском нивоу. Политичари – председник Републике и председница Владе, посланици, иначе наметљиво благоглагољиви, о уставним амандманима су ћутали, изузев млаких позива да грађани на референдум изађу и да гласају за уставне промене.

А било би код грађана интересовања за то да се одиста политички комуницирало. Већ дуго перцепција грађана о судовима и судијама је изразито лоша. Право на правично суђење је најчешћи разлог на који се грађани Србије пред Европским судовима за људска права, позивају на кршење Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Од свих случајева у којима је пред тим Судом донесена пресуда против Србије – око 80% је узроковано повредом права на правично суђење. Држава, као организатор референдума није хтела да те перцепције грађана и те чињенице о повредама права на правично суђење у јавном дискурсу повеже са уставним амандманима.

Сам референдум угрожен је ниским захтевима легитимности Устава из 2006, а те одредбе нису промењене. Нема минималног процента грађана који морају да изиђу на референдум – колико је дошло, довољно је. Да би референдум успео довољна је обична већина.

Ствар је погоршана и тиме што је кратко време пре одржавања уставног референдума усвојен нови Закон о референдуму и народној иницијативи, чије се процесне одредбе примењују и на уставни референдум.

Референдумско питање је било понижавајуће. Гласило је: „Да ли сте за потврђивање Акта о промени Устава Републике Србије?“

Референдум је окончан. Према подацима Републичке изборне комисије, на референдум о уставним променама изишло је 30,65 % гласача (лица са бирачким правом), а за амандмане је гласало 59,71%, док је против промене Устава било 39,26%. У највећим градовима у Србији, који су уједно и седишта апелационих судова, преовладао је одречан одговор. Амандмани у тим градовима нису прихваћени.²⁰

²⁰ У Београду је однос „не“ према „да“ био 54,8% према 44,36%; у Нишу, 53,26% према 45,92%; у Новом Саду 53% према 46%, у Крагујевцу 52,58% према 46,63%. Тамо где је било поље информација, грађани су већином одбили да поклоне поверење амандманима о правосуђу.

**AMENDMENTS TO THE SERBIAN CONSTITUTION ON JUDICIARY
ADOPTED AT THE 2022 REFERENDUM**

(Summary)

This article examines preparatory works on amendments on judiciary to the Constitution of Serbia; enactment procedures including constitutional referendum and composition of both high judicial councils (judges and prosecutors ones). As focal point, author argues methods of appointment members of both councils and concludes that influence of political bodies still remains strong and unjustified in spite of declaration of Parliament that politics is ready to abstain of dealing with judiciary.

Keywords: constitution, amendments, judicial councils, judiciary, prosecutor's office.

D-r Dušica Palačković, redovni profesor u penziji
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Republika Srbija

PRAVO NA DOM
(praksa Evropskog suda za ljudska prava i procesni instrumentarij
parničnog i postupka izvršenja u Republici Srbiji)

342.737:341.645.5(44)
342.737:347.91/.95(497.11)
342.737:347.952(497.11)
изворна научна статија

Dom nije samo mesto, prostor za život. To je složen pojam čije tumačenje i analiza podrazumevaju multidisciplinarni pristup. Praksa Evropskog suda za ljudska prava formulisla je faktičko-funkcionalni kriterijum tumačenja čl.8 Evropske konvencije koji garantuje pravo na poštovanje doma. Polazeći od okolnosti svake konkretne pravne stvari za Sud je od posebnog značaja dovoljna i kontinuirana (trajna) veze sa određenim mestom kao i psihička (emotivna) povezanost uz prostor u kome se obavlja privatni i porodični život. Postojanje validnog građanskopravnog osnova korišćenja doma nije određujuća okolnost. Kako je reč o kvalifikovanom konvencijskom pravu utvrđivanje moguće povrede podrazumeva tzv. trostruki test koji primenjuju nacionalni sudovi u građanskom sudskom postupku. To je primarno parnični postupak sa procesnim instrumentarijem koji daje garantuje zaštitu prava. Primena standarda formulisanih u praksi Evropskog suda za ljudska prava uslovljava određene probleme na normativnom nivou, kao i u praksi sudova, pa i u Srbiji. Analiza pravila parničnog i postupka izvršenja u kontekstu ovih standarda ukazuje na usklađenost niza rešenja. Ipak, povrede ovog prava u praksi ukazuju na neophodnost peciziranja nekih normativnih rešenja, ali i na posebno složene zadatke koji zaštita ovog prava postavlja pred sudije.

Ključne reči: dom, pravo na dom, trostruki test, parnični postupak, postupak izvršenja

1. Uvodna razmatranja

“Pravo na dom”¹ prvi put se, u okviru prava na adekvatne životne uslove, prepoznaje u čl.25. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima² - svako ima pravo na životni standard koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje, njegovo i njegove porodice, uključujući, pored ostalog, hranu, odeću, ali i *mesto gde će živeti*³. Normativni manir da se pravo na dom reguliše uz neka

¹O etimologiji termina “dom” i njemu srodnih, Nikolić, D. Ž., Midorović, S.D., Ograničenje prava svojine pravom na dom (pojmovna određenja i pravna politika), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2020, 46-48

²Universal Declaration of Human Rights, od 10. 12. 1948., Generalna skupština UN, čl.25., <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 02.12.2021.

³Pojam “housing”, Nikolić, D. Ž., Midorović, S. D., *op. cit.*, preveo kao “smeštaj”.

druga prava prihvataju i drugi međunarodni dokumenti pa se, tako “pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske” priznaje čl.8 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁴ Reč je o jednom od kvalifikovanih konvencijskih prava čija je karakteristika da su javne vlasti ograničene u pogledu mešanja,⁵ pa čl.8/2 predviđa: “Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih”. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁶ (čl. 17), zabranjuje samovoljno i protivpravno mešanje u privatni život, porodicu, dom ili prepisku, a Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁷ (čl.11) priznaje pravo svakom licu na životni standard dovoljan za njega i njegovu porodicu što, pored dovoljno hrane i odeće obuhvata i mesto za život uz potenciranje obaveza država potpisnica da preduzimaju odgovarajuće mere radi obezbeđenja ostvarenja ovog prava.⁸

“Dom” nije pravnoteorijski definisan pojam, pre svega usled “složenosti i polivalentnosti tog fenomena” i potrebe širokog “multidisciplinarnog i interdisciplinarnog” pristupa.⁹ Isto bi se moglo reći i za “pravo na dom”¹⁰ koje pored pravnih ima i niz drugih konotacija. Međutim, kada je reč o pravu na poštovanje doma”, koje implicira da neko lice boravi u prostoru koji smatra svojim domom, i koje, kao takvo, nije ekonomsko ni socijalno već građansko pravo, treba

⁴European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rim, 4. 11.1950., https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf, 02.12.2021, nadalje Evropska konvencija. Ipak, prva međunarodna konvencija koja reguliše pravo na mesto za život je Konvencija o statusu izbeglica iz 1951.(čl.21), više, Terminski, B., The Right to Adequate Housing in International Law: Polish Transformation Experiences, 225, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31406.pdf>, 06.12.2021.

⁵ Videti, npr., Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Zagreb, 2013, 852.

⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, od 16.12.1966., stupio na snagu 23.03.1976., <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, 02.12.2021. Zakonom o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i socijalnim pravima, “*Sl. list SFRJ*”, br. 7/1971, međutim, termin “home” iz originalnog teksta Pakta prevđen je kao “stan”.

⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, od 16.12.1966., stupio na snagu 3.01.1976., <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, 02.12.2021.

⁸ Pravo na adekvatan smeštaj, odnosno mesto za život pominju i: International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965.), <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html>, 20.01.2022, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979.), <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>, 20.01.2022, Convention on the Rights of the Child (1989.), <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, 20.01.2022, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990.), <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cmw.aspx>, 20.01.2022, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006.), <https://www.nda.ie/Disability-overview/Legislation/UN-Convention-on-the-Rights-of-Persons-with-Disabilities.html>, 20.01.2022, i dr.

⁹ Nikolić, D.Ž., Midorović, S.D., *op. cit.*, 46.

¹⁰ U teorji se pominju tri ljudska prava koja se odnose na dom: 1. pravo na adekvatne uslove za zasnivanje doma; 2. pravo na poštovanje doma i 3. pravo na očuvanje doma, Nikolić, D.Ž., Midorović, S.D., *op. cit.*, 40-46.

imati na umu da ono ne obuhvata pravo na dom *per se*.¹¹ Praksa ESLJP formuliše niz elemenata relevantnih za ocenu može li se neki prostor smatrati domom. Oni su predmet ocene shodno posebnim okolnostima svake pravne stvari. Pravo na poštovanje doma je primarno predmet zaštite u građanskim sudskim postupcima¹² u kojima je predmet spora nepokretnost koja se (ne)osnovano smatra domom. Povrede prava na poštovanje doma su brojne,¹³ ali je svakako najteža nalaganje i sprovođenje prinudnog iseljenja¹⁴ čime i postupak izvršenja i njegova pravila, odnosno (ne) postojanje garantija zaštite ovog prava postaju relevantni.

Brojnost problema i složenost mogućih pristupa analiziranju prava na dom sa različitim aspektata uslovljava ograničenje sadržaja rada na samo neke od njih. Primarno je to pojam doma i prava na dom, odnosno poštovanje doma kroz referentnu praksu ESLJP i kriterijumi (načela, standardi) koji se primenjuju pri utvrđivanju povrede, a zatim i analiza normativnog okvira, odnosno relevantnog procesnog instrumentarija parničnog i postupka izvršenja u Republici Srbiji u kontekstu ovih kriterijuma.

2. Pojam doma prema praksi ESLJP

Prema čl.8/1 Evropske konvencije: “Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske”, pa je nesporno prvi problem utvrđenje da li određeni prostorima karakteristike doma. Nekoliko je nespornih stavova ESLJP zauzetih u pocesu tumačenja pojma ovog pojma, pre svih da je to autonomni koncept^{15/16} i da se sve ekstenzivnije tumači.¹⁷ Takođe, odgovor na pitanje kada život u određenom prostoru konstituiše “dom” koji podleže zaštiti u okvirima čl.8/1 Evropske konvencije uvek zavisi od konkretnih okolnosti pravne stvari, posebno od dovoljne i kontinuirane (trajne) veze sa određenim mestom.¹⁸

¹¹ Velosa Barreto v. Portugal, Appl. no.18072/91, Judgement 21 November 1995.

¹² U parničnom postupku rešava se građanskopravni spor (neslaganje, sukob interesa) nastao u razvoju jednog stvarnog ili hipotetičkog pravnog odnosa između stranaka u takvom odnosu, Janevski, A., Zoraska-Kamilovska, T., *Građansko procesno pravo*, Kniga prva, *Parnično pravo*, Praven fakultet “Justinijan prvi”, Skopje, 2009, 60.

¹³ Npr., smetanje, odnosno ugrožavanje doma u slučaju nezakonitoga pretresa, imisije sl., pa povreda prava na poštovanje doma postoji i kada se neko “sprečava u uživanju i udobnosti doma”, Oluić protiv Hrvatske, zahtjev br. 61260/08, presuda 20. svibnja 2010, para. 44

¹⁴ Osnovi iseljenja mogu, osim iz sfere privatnog, poticati i iz sfere javnog prava (npr., pri eksproprijaciji ili iseljenju iz nebezbednih objekata), Nikolić, D. Ž., Midorović, S.D., *op. cit.*, 40-46.

¹⁵ Na identičan način i Ustavni sud Srbije, npr., Už - 5084/2011, odluka od 17.01.2013; Už - 9495/2013, odluka od 22.10.2015; Už - 2486/17, odluka od 26. 12. 2019.

¹⁶ European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the Convention - Right to respect for private and family life, (updated on 31 August 2021),98, nadalje Guide, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, 06.12.2021. i odluka u slučaju Chigarov and others v. Armenia, Appl. no. 13216/05, Judgement 16 June 2015, para. 206. (Sve presude za koje nije naveden u napomeni poseban e-izvor preuzete su iz baze HUDOC.)

¹⁷ Maganić, A., Praksa Evropskog suda za ljudska prava i pravo na dom, u “*Pravo na dom*” (ur. J. Barbić), Zagreb, 2016, 20, <http://virgo.pravo.hr>, 15.12.2021; Čanović, J., Pravo na poštovanje doma u praksi Ustavnog suda Republike Srbije (uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava), u “*Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske Unije*” (ur. S Soković), Kragujevac, 2021, 514.

¹⁸ Buckley v. the United Kingdom, Appl. np. 20348/92, Judgement 29 September 1996, para. 52-54; McCann v. the United Kingdom, Appl. no. 19009/04, Judgement, 13 May 2008, para. 46; Prokopovitch

Smisao doma je neposredno povezan uz koncept privatnog i porodičnog života¹⁹ i sugeriše psihičku (emotivnu) povezanost uz prostor u kome se odvija ali i nesmetano uživanje u određenim kvalitetima života.²⁰ Stoga se po značaju izdvaja tzv. subjektivni elemenat - veza u smislu namere da se živi na određenom mestu.²¹

Za pojam doma nije određujuća okolnost postojanje validnog građanskopravnog osnova korišćenja doma na strani aplikanta,²² već dug period u kome je “dom” korišćen za stanovanje, odnosno život. Ili, dom “u smislu čl. 8 nije ograničen na one prostorije koje su u zakonitom posedu ili koje su zakonito izgrađene”.²³

“Prostor”, pojam koji možda najadekvatnije opisuje to mesto gde određena osoba boravi, a u kontekstu određenja pojma “dom” ESLJP široko tumači. Još u slučaju *Connors v. the United Kingdom*,²⁴ npr., prihvaćeno je da se dom konstituiše i postavljanjem pokretnih objekata romskih karavani na određenoj parceli gde su članovi porodice Connors neprekidno boravili skoro 15 godina. Dom, stoga može, npr., biti i kamp kućica, bungalov ili drugi prostor pod uslovom da ga pojedinac opravdano smatra svojim domom i koristi ga kao dom.²⁵ To je i “drugi dom” ili kuća za odmor,²⁶ ali i poslovni prostor,²⁷ npr. advokatska kancelarija (kancelarija notara ili kabinet univerzitetskih profesora)²⁸ stoga što se smisao reči “dom” u nizu država proširuje i na poslovni prostor²⁹ koji je deo privatnog ako se u njemu obavljaju aktivnosti sa klijentima (čuvaju dokumenta), a takvo tumačenje je u skladu sa bitnim ciljem i svrhom čl.8, odnosno zaštitom pojedinaca od arbitrnog mešanja javnih vlasti.³⁰

v. *Russia*, Appl. no. 58255/00, Judgement 18 November 2004, para. 36; *Orlić v. Croatia*, Apl. no. 48833/07, Judgement 21 June 2011; *Winterstein and others v. France*, Appl. no. 27013/07, Judgement 17f October 2013, para. 141. Na identičan način i Ustavni sud Srbije, odluke u nap. br.15.

¹⁹ Radolović, A., Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, (1991) v.36, br.1, 2015, 116, 117. da je povezanost izraz zaštite ličnosti, odnosno prava ličnosti. Tako i Ustavni sud Srbije, odluke u nap. br. 15.

²⁰ Vojvodić, J., Respect of the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the recent case law of the European Court of Human Rights, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2020, 1538, (uz navođenje odluke u slučaju *Moreno Gómez v. Spain*, Appl. no. 4143/02, Judgement 16 November 2004, para. 53.

²¹ *Gillow v. United Kingdom*, Appl. no. 9063/80, Judgement 24 September 1986, para. 46.

²² Stav je zauzet u odluci u slučaju *Menteş anđ the others v. Turkey*, (58/1996/677/867), Judgement 28 November 1997, para.73; Isto, Čosić protiv Hrvatske, zahtjev br. 28261/06, presuda 15. siječnja 2009, para. 21,22; Bjedov protiv Hrvatske, zahtjev br. 42150/09, presuda 29. svibnja 2012, para. 57; Brežec protiv Hrvatske, zahtjev br. 7177/10, presuda 18. srpnja 2013, para. 34, <https://zdosc.tips/doc/brezec-jadranka-presuda-18072013-e12115nn4vpv>, 16.12.2021.

²³ *Orlić protiv Hrvatske*, nap. br. 18, para. 54. Od ovakvog stava postoje retka odstupanja koja se u teoriji pripisuju fenomenu “drugog veća” i precedentnom modelu odlučivanja ESLJP, Radolović, A., *op. cit.*, 110.

²⁴ *Connors v. the United Kingdom*, Appl. no. 66746/01, Judgement 27 May 2004, para. 85-95.

²⁵ *Winterstein and the others v. France*, nap. br. 18, para. 141.

²⁶ *Demades v. Turkey*, Appl. no. 16219/90, Judgement 31 July 2003, para. 32.

²⁷ *Niemietz v. Germany*, (72/1991/324/396), Judgement 16 December 1992, para. 27-38, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3f32560b4.html>, 09.12.2021.

²⁸ Guide, 98, kao i odluke navedene u para. 422.

²⁹ Za razliku od reči “*domicile*” iz francuskog jezika, koja nema takvu konotaciju, *Niemietz v. Germany*, nap. br. 27, para. 30.

³⁰ *Zahi protiv Hrvatske*, zahtjev br. 24546/09, presuda 18. ožujka 2014, para. 54, <https://uredzastupnika.gov.hr/>, 16.12.2021. O tome šta se, pak, ne smatra domom, Roagna, I., *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, u skladu sa Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima*, Council of Europe, Generalni direktorat za ljudska prava i vladavinu prava, Strasbourg, 2012, 32, 33.

Sublimirajući stavove ESLJP u teoriji se navodi da je formulisan faktičko-funkcionalni kriterijum tumačenja pojma “dom”, da je najveća disonanca u odnosu na nacionalna prava obavezivanje država da zaštite sva lica u odnosu na njihov (činjenično određen) dom nezavisno od postojanja pravnog osnova boravka u nacionalnom zakonodavstvu.³¹

3. Kriterijumi ESLJP za procenu povrede prava na poštovanje doma (posebno o načelu proporcionalnosti)

Pri proceni povrede prava na poštovanje doma u praksi ESLJP svodi se na trostruki test. Odnosno ispituje se da li je ograničenje prava (mešanje)³² zasnovano na zakonu (nacionalnom),³³ zatim da li je ograničenje (intervencija države) bilo u skladu sa legitimnim ciljem,³⁴ i, konačno, da li je mešanje bilo nužno u demokratskom društvu, odnosno da li je mešanje proporcionalno legitimnom cilju kojem se teži.³⁵ Procena da li je mešanje bilo nužno u demokratskom društvu najteži je zadatak za sud, a smatra se da je nužno “ako je bilo *preko društveno potrebno* kako bi se postigli legitimni ciljevi te ako su primenjena sredstva bila proporcionalna” cilju.³⁶ Stoga test proporcionalnosti postaje presudan za odluku,³⁷ ocena proporcionalnosti je komplikovana i zavisi od okolnosti konkretnog slučaja.

Mera sa procenjuje sa aspekta cilja (legitimnog), a ograničenje je nužne samo ako se ovakav cilj ne može postići primenom blaže mere.³⁸ Za ocenu nužnosti mešanja praksa je ustanovila kao odlučujuće kriterijume: pravnu prirodu prava; važnost prava za aplikanta i karakter cilja koji se želi postići ograničenjima. Mada nije konvencijski pojam već “kreacija” prakse ESLJP, načelo proporcionalnosti i njegova primena “u sedištu su rasprave o tome kako konflikte između konvencijskih prava - i između konvencijskih prava i javnih interesa - treba rešavati”.³⁹

³¹ Mihelčić, G., Marochini, M., Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka* (1991) v.35, br.1, 169.

³² Mešanje se, takođe, izuzetno široko tumači u praksi ESLJP, vid. Guide, 99, 100.

³³ Mora imati osnov u domaćem zakonu kao pravnom aktu tipičnom za sisteme “pisanog prava”, npr., *Société Colas Est and the Odhers v. France*, Appl. no. 37971/97, Judgement 16 April 2002, Final 16 July 2002, para. 43. Tako i Ustavni sud Srbije, npr., UŽ - 5084/2011 i UŽ - 2486/87, nap. br. 15. Ipak, pojam “zakon” se tumači šire od uobičajenog - kao svaka norma unutrašnjeg prava koja je dostupna osobi na koju se odnosi i predvidljiva u posledicama, *Huvig v. France*, Appl. no 11105/84, Judgement 24 April 1990, para. 2.

³⁴ Tako je za ESLJP uvek legitiman cilj, npr., otkrivanje fizičkih dokaza koji bi mogli biti od značaja za krivičnu istragu teškog krivičnog dela, jer je u interesu javne bezbednosti, sprečavanja kriminala i zaštite prava drugih, vid. npr., *Smirnov v. Russia*, Appl. no. 71362/01, Judgement 7 June 2007, para.40.

³⁵ Npr., *Camenzind v. Switzerland*, Appl. no. 21353/83, Judgement 16 December 1997, para.44.

³⁶ Maganić, A., *op cit.*, 27.

³⁷ Više o testu proporcionalnosti, Omejec, J., *op. cit.*, 1254-1257; O opštim načelima o kojima javne vlasti moraju voditi računa da bi ograničenja koja uvode bila opravdana, Mihelčić, G., Marochini, M., *op. cit.*, 170-174.; U našoj sudskoj praksi brojne su odluke u kojima se utvrđuje povreda prava na dom upravo usled nesrazmernosti mešanja, npr. Presuda VKS, Prev. 336/17: Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 5531/17 od 31.05.2018.; Presuda VKS, Rev 1376/2019, od 13.05.2020.

³⁸ Uzelac, A., Hrvatsko građansko pravosuđe između Strazbourga i Zagreba ili o europeizaciji ovršnog prava na primjeru ovrhe na nekretnini, *Evropska budućnost hrvatskog građanskog pravosuđa - uvodna izlaganja*, (ur. J. barbić), HAZU, 2019, 48, http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A67_Uzelac_HAZU_Ovrha.pdf, 07.01.2022.

³⁹ Omejec, J., *op. cit.*, 1254.

Od odluke u slučaju McCann protiv Ujedinjenog Kraljevstva⁴⁰ najopštiji stav prakse je da bi svakom licu kome preti rizik od mešanja u pravo na dom načelno trebalo omogućiti da nezavisni sud oceni srazmernost mere s obzirom na merodavna načela sadržana u čl. 8. Evropske konvencije, (bez obzira na to što je prema domaćem pravu njegovo/njeno pravo poseda prestalo)⁴¹.

U slučaju Vrzic protiv Hrvatske,⁴² konstatovano je nedopušteno mešanja u pravo na poštovanje doma stoga što je izdat nalog za iseljenje mada aplikanti nisu još uvek i iseljeni (par. 59). Nalog za iseljenje je izdat u skladu sa nacionalnim zakonom koji reguliši prodaju nepokretnosti u postupku izvršenja predviđa da dodeljivanjem nepokretnosti kupcu izvršni dužnik gubi pravo svojine pa je mešanje bilo u skladu sa legitimnim ciljem. (para. 60-62). Najvažnije pitanje je, ipak, da li je mešanje bilo nužno u demokratskom društvu, a nacionalni sudovi moraju sprovesti test proporcionalnosti što upućuje na sudove koji vode redovan građanski sudski postupak. Postupak izvršenja, naime, nema za cilj meritorno odlučivanje o građanskopravnom zahtevu niti dovoljan procesni instrumentarij za takvo šta.⁴³ ESLJP pravi razliku situacije kada su aplikanti živeli u stanovima u državnom ili društvenom vlasništvu i kada nije postojao drugi privatni interes, a nisu potpisali nikakav sporazum kojim rizikuju gubitak doma⁴⁴ u odnosu na konkretnu situaciju gde su aplikanti dobrovoljno koristili svoj dom kao osiguranje zajama, što je korak koji po sebi predstavlja rizik. U ovom slučaju postojali su drugi privatni interesi pa je u praksi ocena donekle drugačija i mere propisane zakonom u cilju zaštite prava drugih mogu se smatrati nužnim u demokratskom društvu (para. 66 i 67). Aplikanti, uz to, nisu osporavali ugovore o zajmu pred nacionalnim sudovima, a nisu ni sami prodali kuću izvan izvršnog postupka, možda po tržišnoj (višoj) ceni kako bi isplatili dug. Sud je zaključio da nema povrede prava na dom iz čl. 8.⁴⁵ Utvrđivanje uslova prodaje nepokretnosti i cenu pri javnoj prodaji reguliše država u okviru polja slobodne procene. Pri tome uobičajeno nastaju socijalni problemi u čijem rešavanju države moraju da pronađu optimalnu ravnotežu koja amortizuje društvene probleme i umanjujući socijalne nejednakosti adekvatno reagujući na krizne situacije.⁴⁶ Slučaj je interesantan ne samo stoga što je veliki broj predmeta u kojima se otvara pitanje povrede prava na poštovanje doma upravo kod prodaje nepokretnosti u postupku izvršenja radi namirenaj novčanog potraživanja, već i stoga što ukazuje na povezanost sa povredom čl. 1 Protokola br. 1. uz Evropsku konvenciju - pravo na mirno uživanje imovine. Između ovih prava veza postoji u velikom broju slučajeva. Uz identičnu argumentaciju povodom zakonitosti mešanja, legitimnosti cilja i proporcionalnosti, ukazuje se a to da aplikanti nisu koristili mogućnost da kao izvršni dužnici na ročištu

⁴⁰ McCann v. The United Kingdom, nap. br. 18.

⁴¹ *Ibidem*, para. 50.

⁴² Vrzic protiv Hrvatske, zahtjev br. 43777/13, presuda od 12. srpnja 2016, <https://uredzastupnika.gov.hr/>, 07.01.2022.

⁴³ Videti npr., odluku u slučaju Bjedov protiv Hrvatske, nap. br. 22, para. 51.

⁴⁴ Uz navođenje (para. 65, 66) kao referentnih odluka u slučajevima: Čosić protiv Hrvatske, Bjedov protiv Hrvatske, Brežev protiv Hrvatske, sve iz nap. br. 22; Paulić protiv Hrvatske, zahtjev br. 3572/06, presuda 22. listopada 2009.; Orlić protiv Hrvatske, nap. br. 18.

⁴⁵ U teoriji se opravdanje pronalazi u okolnosti da se u demokratskom društvu zasnovanom na slobodi izbora slobodno prihvataju tržišni rizici, pa i onaj da se tereti koji su preuzeti zalaganjem nepokretnosti mogu okrenuti protiv učesnika, Uzelać, A., *op. cit.*, 51.

⁴⁶ Uzelać, A., *op. cit.*, 51.

za procenu vrednosti nepokretnosti ospore vrednost određenu od veštaka po nalogu suda čime su se “sami stavili u neravnopravan položaj” (para. 112 i 113).

U okviru primene čl. 1 Protokola 1 uz Konvenciju, u slučaju Vaskrsić protiv Slovenije⁴⁷ ESLJP je razmatrao (ne)srazmeru između mere - prodaje kuće u kojoj je izvršni dužnik živeo sa porodicom i visine duga. Od tri izvršna poverioca - komunalno preduzeće, trgovačko društvo i jedno fizičko lice, dug prema trgovačkom društvu je namiren izvršenjem na sredstvima na bankarskom računu izvršnog dužnika dok je za dug prema komunalnom društvu određena prinudna prodaja kuće i to za dug u cisini od 124 evra (para. 81, 82). Nisu uzeti u obzir alterativni načini naplate duga iako je sudu bilo očigledno poznato da izvršni dužnik ima stalna primanja i da je znatno viši iznos duga prema već namiren na ovaj način. Konstatovano je i da slovenačko zakonodavstvo nema eksplicitno pravilo da izvršni sud mora odrediti najmanje nepogodno (za izvršnog dužnika) sredstvo izvršenja (para. 83), kao ni o najnižoj ceni za javnu prodaju nepokretnosti pa se i za male dugove mogu prodavati vredne nepokretnosti.⁴⁸

I u slučaju Brežec protiv Hrvatske⁴⁹ problem je bio odnos prava na dom i prava svojine.⁵⁰ Utvrđena je povreda prava na dom usled povrede procesnog prava aplikantkinje - sudovi su se zadržali na utvrđenju da ona nema osnov poseda, bez obzira na to da je ona tokom postupka iseljenja kupila drugi stan, a u spornom stanu na kome je imala stanarsko pravo nastavila da živi narednih 5 godina. Kada su u pitanju predmeti u kojima je nepokretnost u vlasništvu države, stav ESLJP, zauzet i u slučaju Bjedov protiv Hrvatske⁵¹ (para.70), koji se odnosio na nalog za iseljenje iz stana koji je bio nužni smeštaj i u kome aplikant sa porodicom živi skoro 20 godina, jeste da legitiman interes države da kontroliše svoju imovinu dolazi iza prava aplikanta na poštovanje doma u situacijama kada nacionalni sudovi u odlukama kojima se nalaže iseljenje, nisu dali nikakvo objašnjenje koje bi pokazalo da je ono bilo srazmerno cilju koji se želeo postići niti nužno u demokratskom društvu. Naglasak Suda je na okolnosti da nisu dovedena u pitanja prava drugih privatnih lica.

U slučaju Connors v. United Kingdom⁵² (para. 81-83) razmatrano je pravo države na slobodnu procenu u odnosu na proporcionalnost mere. Kako je mešanje nužno u demokratskom društvu ako odgovara “snažno prisutnoj društvenoj potrebi”, a sloboda procene razlikuje se u skladu sa prirodom i važnošću prava za pojedinca kao i karakterom aktivnosti koje se ograničavaju i cilja koji se ograničenjem želi postići, konstatovano je da je ova sloboda uža kada je pravo o kojem je reč presudno za delotvorno uživanje intimnih ili ključnih prava pojedinca. U sferama kao što je stambeno područje, koje ima središnju ulogu u socijalnim i privrednim politikama savremenih društava, ESLJP će poštovati stavove nacionalnih zakonodavstva o tome šta je u opštem interesu, osim ako je stav *očigledno bez razumnog osnova*. Pravo na dom je od cenratlne važnosti za identitet pojedinca, njegovo samoodređenje,

⁴⁷ Vaskrsić proti Slovenije, pritožba št. 31371/12, sodba 25. april 2017.

⁴⁸ Na osnovu statističkog izveštaja o broju izvršenja i visini nalpaćenih dugova koji je zahtevan od Slovenije (para. 56), zaključeno je da je namirenje primenom nesrazmernih sredstava izvršenja prisutno u praksi i ukazano na sistemski nedostatak u pravu Slovenije koja je, uz to, obavezana da aplikantu isplati 85 000 evra odštete.

⁴⁹ Brežec protiv Hrvatske, nap. br. 22.

⁵⁰ Više, Maganić. A., *op. cit.*, 36-38.

⁵¹ Bjedov protiv Hrvatske, nap. br. 22.

⁵² Connors v. the United Kingdom, nap. br. 24.

fizički i moralni integritet, održavanje odnosa s drugima te sigurno mesto u kojem se nastanio u zajednici. Razmatranje opšte socijalne i privredne politike u kontekstu čl. 8 ukazuje da obim slobode procene zavisi od konteksta predmeta, s posebnim značenjem koje se pridaje obimu zadiranja u ličnu sferu aplikanta. Procesna zaštitna sredstva koja su na raspolaganju pojedincu posebno su bitna za utvrđenje je li tužena država u postavljanju regulatornog okvira ostala u okviru polja slobode procjene. Proces donošenja odluka kojei vode mešanju mora biti pošten, a interesi koje čl. 8 priznaje na dužan način poštovani. Ocena nužnosti mešanja u demokratskom društvu otvara, dakle, i materijalnoppravna i procesnoppravna pitanja.⁵³

U ovom slučaju razmatran je i ugrožen položaj pripadnika romske zajednice koji zahteva posebnu pažnju društva u odnosu na njihove potrebe i način života. Pozitivna obaveza države je bila da im olakša specifičan način života, a, suprotno tome, oni su iseljeni sa parcela na kojima je postavljen njihov karavan i gde je živela brojna porodica, da bi bili suočeni sa ozbiljnim teškoćama u nalaženju zakonitog alternativnog mesta za karavan. Dodatne okolnosti su veliki zdravstveni problemi g-dina i g-dje Konors i obezbeđenje nastavka školovanja dece. Članovi porodice Konors su iseljenjem postali beskućnici što je ugrozilo njihovu sigurnost i opstanak. Osnovni problem bio je adekvatnost normativnog okvira u vezi zaposedanja parcela od strane romskih porodica. Iseljenje po skraćenom postupku u ovom slučaju, naime, nije bilo posledica potrebe održavanja prometa praznih parcela ili sprečavanje ove romske porodice da postanu dugoročni žitelji parcele, već uznemiravanja lica u okolini. U drugim slučajevima uznemiravanja lokalne vlasti ponašale su se na drugačiji način, a do iseljavanja je dolazilo isključivo posle nezavisne sudske kontrole opravdanosti ovakve mere. Posebne dozvole nisu zahtevane za postavljanje karavana, a uz to, aplikant je plaćao dva puta veću nadoknadu za korišćenje parcela od uobičajene pa članovi porodice nisu uživali nikakve benefite od posebnog režima koji je propisan za pripadnike romske zajednice.

4. Garantije prava na dom u parničnom i postupku izvršenja u Republici Srbiji

U Republici Srbiji pravo na dom nije izričito predviđeno Ustavom⁵⁴ niti zakonskim propisima. Mada je odredbom čl. 40/1 Ustava predviđena “nepovredivost stana”,⁵⁵ i mada u teoriji ima stavova da se pod pojmom “nepovredivost” zapravo krije sadržina identična onoj iz odredbe čl. 8/1 Konvencije,⁵⁶ odnosno da je “nepovredivost doma” isto što i “poštovanje doma”, ustavna terminologija (“stan”) i sadržina st. 2 i 3⁵⁷ upućuju na izneseni zaključak da pravo na dom nije predmet ustavne regulative.⁵⁸

⁵³ Izričito, odluka u slučaju Bjedov protiv Hrvatske, nap. br. 22, para.64.

⁵⁴ Ustav Republike Srbije, “*Sl. glasnik RS*”, br. 98/2006;

⁵⁵ Prema odredbi čl.3/2(9) Zakona o stanovanju i održavanju zgrada, “*Sl. glasnik RS*”, br. 104/2016 i 9/3030 - dr. zakon, nadalje ZSOZ, stan je “poseban deo zgrade koji čini funkcionalnu celinu, sastoji se od jedne ili više prostorija namenjenih za stanovanje i po pravilu ima zaseban ulaz”.

⁵⁶ Radolović, A., *op. cit.*, 111. Posredno isti stav zauzima i Maganić, A., *op. cit.*, 28. Pri tome je reč o odredbi čl.34. Ustav Hrvatske koji govori o “nepovredivosti doma”.

⁵⁷ Koji se odnose na zabranu neovlašćenog ulaska i pretresa stana i dopušteni pretres.

⁵⁸ Ovome u prilog treba navesti da se u praksi ustavne žalbe zbog povrede prava na dom povodom iseljenja ne podnose sa pozivom na povredu ovog ustavnog prava već neposredno povrede prava na

No imajući u vidu odredbu čl.194/4 Ustava: “Potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo su pravnog poretka Republike Srbije”, Konvencija se neposredno primenjuje.

Do potencijalne povrede prava na dom u najvećem broju slučajeva dolazi u postupcima raspravljanja i odlučivanja o građanskoopravnom osnovu korišćenja nepokretnosti⁵⁹ primenom propisa materijalnog građanskog prava.⁶⁰ Naime, u sporovima koji nastaju povodom ovih prava potencijalno prethodi donošenje odluke o iseljavanju, a onda i njeno prinudno sprovođenje. Raspravljanje i odlučivanje po pravilu se sprovodi primenom pravila parnične (ređe vanparnične) procedure. Kako je i država povezana uz korišćenje nepokretnosti, ali se u državnim parnicama ne raspravlja o pravu svojine, gubitak spora vlasniku ostavlja mogućnost izjavljivanja svojinske tužbe pa je za držaoca postupak po državinskoj tužbi način “zaštite od naglih i brzih iseljenja, a objektivno daje i mogućnost da dobivanjem vremena sam iznađe neku novu mogućnost stambenog smeštaja”.⁶¹ Zakon o stanovanju i održavanju zgrada reguliše ugovor o zakupu stana kao osnov korišćenja (čl. 70). Kada je, pak, reč o iseljenju i preseljenju, ovaj propis reguliše slučajeve koji su povezani uz ostvarenje *javnih interesa* (čl.78-87) i upravnu proceduru u kojoj garantije zaštite daje 79/1 ZSOZ, odnosno obezbeđenje *odgovarajućeg smeštaja* pod uslovom da ono sa članovima svog porodičnog domaćinstva “*nema u svojini drugu nepokretnost za stanovnje i nema dovoljno sredstava da obezbedi drugi smeštaj*” pa se time nećemo šire baviti. Isto važi i za iseljenje iz nepokretnosti koje je posledica postupka eksproprijacije (opet u javnom interesu) uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne cene nepokretnosti (čl.1 Zakona o eksproprijaciji).⁶²

U praksi Ustavnog suda Srbije, međutim, najčešće su podnošene ustavne žalbe od strane lica na koja se primenjivao Zakon o stambenim odnosima iz 1973. god. prema kome je stanarsko pravo, odnosno pravo trajnog korišćenja stana moglo

dom iz čl. 8 (Už - 9495/2013, Už - 2486/2017, nap, br, 15) i/ili povredu prava na pravično suđenje (npr. Už - 5084/2011, nap. br. 15), kao i prava na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo, posebnu zaštitu invalida, ratnih veterana i žrtava rata (Už - 9495/2013, nap. br. 15) i dr.

⁵⁹ Radolović, A., *op. cit.*, 113-115.

⁶⁰ U tom smislu relevantni su, pre svih, zakoni koji regulišu stvarna prava, npr., pravo svojine (Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, “*Sl. list SFRJ*”, br. 6/80 i 36/90, *Sl. list SRJ*, br. 29/96 i “*Sl. glasnik RS*”, br. 115/2005 - dr. zakon), založno pravo na nepokretnosti, (Zakon o hipoteci, “*Sl. glasnik RS*”, br. 115/2015, 63/2015 - odluka US i 83/2015), ali i obligacionopravne osnove korišćenja, npr., ugovor o zakupu, (Zakon o obligacionim odnosima, “*Sl. list SFRJ*”, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, “*Sl. list SRJ*”, br. 31/93, “*Sl. list SCG*”, br. 1/2003 - Ustavna povelja i “*Sl. glasnik RS*”, br. 18/2020), ili naslednopravne, npr., ugovor o doživotnom izdržavanju sa ugovorenom zajednicom života (Zakon o nasledovanju, “*Sl. glasnik RS*”, br. 46/95, 101/2003 - odluka USRS i 6/2015). I odluka nadležnog državnog organa (npr., rešenje kojim je raspravljena zaostavština (Zakon o vanparničnom postupku, “*Sl. glasnik SRJ*”, br. 25/82 i 48/88 i “*Sl. glasnik RS*”, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 - dr. zakon) relevantna je u tom smislu, o tome više Radolović, A., *op. cit.*, 113-115.

⁶¹ Radolović, A., *op. cit.*, 115.

⁶² Zakon o eksproprijaciji, “*Sl. glasnik RS*”, br. 53/95, “*Sl. list SRJ*”, br. 16/2001 - odluka SUS i “*Sl. glasnik RS*”, br. 20/2009, 55/2013 - odluka US i 106/2016 - autonomno tumačenje. Zaštitnu funkciju ima, pored ove o visini naknade i odredba iz čl.16/3 - ukoliko je predmet eksproprijacije stambena zgrada ili stan na zahtev ranijeg sopstvenika korisnik je dužan da mu da (pre rušenja) u svojini drugu stambenu zgradu ili stan na istom mestu ili u bližoj okolini, koja po strukturi i površini odgovara uslovi- ma stanovanja koje je raniji sopstvenik imao pre eksproprijacije.

biti stečeno samo na stanu u društvenoj svojini.⁶³ Nižestepeni sudovi su, po pravilu, zauzimali stav da lica koja su se u sporne stanove uselila posle stupanja na snagu ovog Zakona nisu mogla da steknu svojstvo člana porodičnog domaćinstva i pravo trajnog korišćenja stana, dakle, isključivo je raspravljano o zakonitosti razloga za iseljenje. U jednoj od novijih odluka,⁶⁴ Ustavni sud je zaključio da je ustavnopravno prihvatljiv stav redovnih sudova da lice koje se u stan u privatnoj svojini uselilo posle stupanja na snagu Zakona o stambenim odnosima ne može da stekne svojstvo nosioca stanarskog prava, ali da se arbitrnost sudova u primeni materijalnog prava odnosi na izjednačavanje pojmova nosilac stanarskog prava i korisnik stana. Zakon o stambenim odnosima omogućava sticanje svojstva člana porodičnog domaćinstva nosioca stanarskog prava, odnosno svojstvo korisnika stana (pravo trajnog korišćenja stana) i posle njegovog stupanja na snagu kada se lice u stan zakonito useli - npr. posle zaključenja braka sa nosiocem.⁶⁵ Stoga je za Ustavni sud mešanje u pravo na poštovanje doma bilo nezakonito pa nije ni potrebno dalje se upuštati u ocenu ispunjenosti drugih uslova za dopuštenost mešanja u pravo na dom.⁶⁶

I Porodični zakon Republike Srbije⁶⁷ preko regulisanja prava stanovanja (*habitatio*) štiti pravo na dom. Naime, dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo imaju pravo stanovanja na stanu čiji je vlasnik drugi roditelj ukoliko nemaju pravo svojine na “useljivom stanu” (čl.194/1).⁶⁸

Pored tipičnih slučajeva kada se pravo na dom prati u kontekstu odluke o iseljenju kao najrigidnije mere, postoje, svakako i slučajevi kada se pravo na dom samo ugrožava, odnosno sprečava njegov titular u mirnom korišćenju doma.⁶⁹ Kao primer navedimo različite imisije koje mogu ugrožavati ovo pravo i gde se zaštita postiže kroz mehanizme obligacionog i stvarnog prava.

4.1. Zaštita prava na dom u parničnom postupku

Prema navedenom stavu ESLJP zaštita prava na dom ostvaruje se u sudskom građanskom postupku u kome je dužnost suda da sprovede test proporcionalnosti. Ili, kako “ovršni postupak – koji je po svojoj prirodi nerazspravni i čija je osnovna namjena osigurati učinkovito izvršenje presude – za razliku od redovnog građanskog postupka, nije ni osmišljen niti primjereno opremljen proceduralnim sredstvima i mjerama zaštite za temeljito i suprotstavljeno ispitivanje ovako složenih pravnih pitanja”, “ovlast za provedbu testa razmjernosti ima sud za redovne građanske postupke...”.⁷⁰ Kojim sredstvom odbrane se može koristiti tuženi? Prema praksi

⁶³ Ustavna žalba posledica je povrede prava na dom u postupku pred redovnim sudovima. Tako, npr., Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 5531/17 od 31.05.2018. kao i Presuda VKS Rev.br. 660/05 od 13. 4. 2005.

⁶⁴ Už 2486/2017, odluka iz 2020., nap. br. 15, u kome se poziva na predmet Už - 5084/2011, nap, br, 15.

⁶⁵ Tako se izjasnio posredno i VKS u presudi Rev. 712/15 od 2. 11. 2016.

⁶⁶ Ustavni sud je, ipak, to učinio u obrazloženju svoje odluke navodeći kriterijume koje ispituje i ESLJP.

⁶⁷ Porodični zakon, “*Sl. glasnik RS*”, br. 18/2005, 72/2011 - dr- zakon i 6/2015, nadalje PZ RS

⁶⁸ Pravo traje do punoletstva deteta, a ograničeno je u slučaju “kada bi prihvatanje ...zahteva za pravo stanovanja predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog roditelja”(st.3). Iseljenje je i jedna od mera zaštite od nasilja u porodici iz čl. 198/2 PZ RS formulisana kao “ izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti”(t.1).

⁶⁹ Ako se ugrožava mirno uživanje imovine onda je relevantan Protokol 1 uz Evropsku konvenciju.

⁷⁰ Paulić protiv Hrvatske, nap. br. 44, para. 44.

ESLJP reč je o *pozivanju* na čl.8 Konvencije, odnosno to se pitanje ne nameće automatski (ne ispituje se *ex officio*). Ili, “Ako se podnositelj želi braniti pozivom na čl.8 kako bi sprečio prinudno iseljenje, to je njegovo pravo, a sud tada treba njegov zahtev ili prihvatiti ili odbiti”.⁷¹ No, ima i odluka u kojima se insistira na automatskom sprovođenju testa proporcionalnosti, odnosno da je prvostepeni sud dužan da primeni čl.8 iako stranka nije izričito iznela prigovor već se o tome zaključuje iz procesne građe.⁷² Prigovor prava na dom kao sredstvo odbrane tuženog u formalnom smislu u parničnom postupku svakako je po svojoj pravnoj prirodi materijalnopравни jer se ne ističu procesne smetnje. U teoriji građanskog procesnog prava podela materijalnopравnih prigovora vrši se prema značaju činjenice koja se iznosi prigovorm za sporni odnos.⁷³ Oni kojima se sprečava nastanak tužiočevog prava ili ističe da je ono prestalo da postoji ne moraju biti izričito istaknuti, dok suprotno važi za materijalnopравne prigovore u užem smislu kojima tuženi iznosi činjenice na kojima zasniva svoje pravo da svojom izjavom uskrati tužiocu činidbu. Stoga problem kojoj vrsti pripada prigovor prava na dom nije samo teorijske prirode. Potpunijoj zaštiti konvencijskih prava svakako odgovara širi pristup, odnosno da o potrebi ispitivanja povrede prava na dom tuženog sud saznaje iz ukupnog procesnog gradiva, npr., iz fomulacije “da ovaj predmet za nju predstavlja egzistencijalno pitanje i da je u stanu živela više od dvadeset godina”,⁷⁴ a da se onda trostruku test sprovodi automatski.

Pitanje o tome kada se okolnosti bitne u kontekstu prava na dom mogu istaći rešavaju nacionalni procesni sistemi bez obzira da li je reč o izričito istaknutom prigovoru ili iznošenju u okvirima ukupnog procesnog gradiva. Pravila su često ograničavajuća pa je tako u Srbiji Zakonom o parničnom postupku,⁷⁵ čl.308/1 izričito predviđena obaveza stranke da najkasnije na pripremnom ročištu, odnosno na prvom ročištu za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije obavezno (čl.302) iznese sve činjenice potrebne za obrazloženje svojih predloga i da predloži dokaze kojima se one potvrđuju. Jedini izuzetak predviđa čl.314/1, odnosno da stranke mogu, u podnescima ili na kasnijim ročištima, sve do zaključenja glavne rasprave, da iznose nove činjenice i predlažu nove dokaze ako učine verovatnim da bez svoje krivice nisu mogle da ih iznesu do prekludiranja. Ipak, teško je pretpostaviti primenu ovog pravila u praksi, odnosno da stranka nije znala niti mogla znati da je određena nepokretnost njen dom. Ukoliko je, međutim, povreda određenih procesnih pravila od strane suda sprečila tuženog da iznese činjenice i dokaze (npr., nedostavljanjem), postoje razlozi za izjavljivanje žalbe koji impliciraju ukidanje prvostepene odluke. Otklanjanje procesnog nedostatka omogućava novi kvalitet prvostepene rasprave.⁷⁶ Od značaja je i odredba čl.372/2 da se u žalbi ne mogu isticati materijalnopравni prigovori. Stoga se pozivanje na pravo na dom, a to znači i iznošenje relevantnih

⁷¹ *Ibidem*, para. 43.

⁷² Brežec protiv Hrvatske, nap. br. 22, para 12, kao i Škrtić protiv Hrvatske, zahtjev br. 64982/12, pre-suda od 5. prosinca 2013., para 32.

⁷³ Više o tome Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, 333, 334.

⁷⁴ Brežec protiv Hrvatske, nap. br. 22, para. 12.

⁷⁵ Zakon o parničnom postupku, “*Sl. glasnik RS*”, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, nadalje ZPP

⁷⁶ Nove činjenice i dokaze mogla bi da iznese takođe ako učini verovatnim da bez svoje krivice to nije mogla da učini, (Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., op. cit., 496) ali sprečavanje procesnom povredom je, čini se, dovoljno da potvrdi da krivice do stranke nema!

činjenica i predlaganje neophodnih dokaza o tome svodi principijelno na pravilo o prekludiranju stranke do određenog momenta u toku prvostepenog postupka. U okviru razloga pogrešne primene materijalnog prava (kada je prvostepni sud utvrdio povredu prava na poštovanje doma, ali nije primenio čl.8)⁷⁷ kao i grešaka u utvrđivanju činjeničnog stanja (ali i procesnih povreda prema prethodno iznesenom stavu) postoje određene garantije ispitivanja prvostepene presude i sa aspekta prava na dom, opet načelno ukoliko su tvrdnje i dokazi o tome istaknuti u prvostepenom postupku. Rečeno o pogrešnoj primeni materijalnog prava, npr., upućuje i na revizijsko odlučivanje.

U okviru procesnih sredstava koja su na raspolaganju tuženom treba svakako pomenuti i prejudicijelnu protivtužbu čiji bi se zahtev odnosio na utvrđenje da tuženi ima pravo na dom u odnosu na nepokretnost (deklarisanje) o kojoj se vodi građanskopravni spor (pretnja iseljenjem).⁷⁸ Protivtužba je povoljnije procesno sredstvo u odnosu na iznošenje činjenica i dokaza u prilog postojanja prava na dom - prigovorm ili uopšteno, jer zahtev u njoj postavljen ima karakteristike tužbenog zahteva o kome sud mora odlučiti izrekom presude koja je podobna za sticanje svojstva pravnosnažnosti.

4.2. Garantije prava na dom u vezi postupka izvršenja

U postupku prinudnog izvršenja pravo na poštovanje doma i potreba njegove zaštite, posebno u predmetima iseljenja, relevantno je u kontekstu više različitih sredstava izvršenja: izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja prodajom nepokretnosti, ispražnjenje i predaje nepokretnosti, izvršenje na ukupnoj imovini izvršnog dužnika, zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari. No, načelo formalnog legitimiteta iz čl.5 ZIO⁷⁹ zabranjuje izvršnom sudu, kao i javnom izvršitelju, da ispituje zakonitost i pravilnost izvršne isprave što bi moglo značiti i da se o pravu na poštovanje doma ne može raspravljati. To odgovara i karakteru ovog postupka i njegovom cilju kao i stavu ESLJP o tome.⁸⁰ I restriktivan pristup zakonodavca održavanju ročišta u skladu je sa navedenim načelom.⁸¹ Ima li ZIO, ipak, neke garantije u vezi prava na dom?

Načelom “srazmere” iz čl.56/1 javni izvršitelj obavezan je da prilikom izbora sredstva i predmeta izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja vodi računa o srazmeri između visine obaveze izvršnog dužnika i sredstva i vrednosti predmeta izvršenja. Pri izboru između više sredstava i predmeta izvršenja, javni izvršitelj po službenoj dužnosti vodi računa o tome da se izabere sredstvo i predmet koji su za izvršnog dužnika najmanje nepovoljni (st.2). Jedini izuzeci od primene ovog načela predviđeni su u st. 3: “Ne primenjuje se načelo srazmere ako se izvršni dužnik u formi

⁷⁷ Pinjić, E., Vranešević, L., Djelotvorna zaštita prava na dom u parnici i ovrsi - od partikularnih do sustavnijih rješenja, Zagreb, 2016, 9, 10, <https://www.google.com/search?q, 22.01.2022>.

⁷⁸ Čl. 194 ZPP

⁷⁹ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, “Sl. glasnik RS”, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje i 54/2019, nadalje ZIO

⁸⁰ Vid. npr., Bjedov protiv Hrvatske, nap. br. 22.

⁸¹ Čl.14/2 ZIO predviđa održavanje ročišta kod zasnivanja založnog prava na nepokretnostima i pokretnim stvarima po sporazumu stranaka (čl.427-430, reč je o sredstvu obezbeđenja), a može se održati pri izvršenju odluka u vezi s porodičnim odnosima (čl.371/2) i odlučivanja o predlogu za određivanje privremene mere

javne ili po zakonu overene isprave saglasio da se izvršenje sprovede određenim sredstvom i na određenom predmetu izvršenja, ili ako je nesumnjivo utvrđeno da postoji samo jedno sredstvo i jedan predmet izvršenja iz kojeg se može namiriti potraživanje izvršnog poverioca.” Većim delom navedena pravila korespondiraju stavovima ESLJP,⁸² međutim u slučaju kada postoji samo jedno sredstvo i jedan predmet izvršenja nesporno postoji opasnost od povrede prava na dom. U uslovima finansijske krize, nepostojanja stalnih primanja izvršnog dužnika, otežane mogućnosti zaposlenja i dr., moguća je prodaja nepokretnosti koja predstavlja dom i za izuzetno male iznose dugovanja. Zabrana određivanja izvršenja prodajom jedine nepokretnosti iz čl.594/2 ograničena je na slučajeve prinudnog namirenja potraživanja čija glavnica ne prelazi iznos od 5 000 evra, a nastala su iz komunalnih i srodnih delatnosti.

Načelo proporcionalnosti u vezi je i sa mogućnošću izmene sredstva i predmeta izvršenja tokom postupka. Naime, poverilac načelno nije ograničen u pravu da predloži sredstvo i predmet izvršenja, osim izričito izuzetih po zakonu (čl.59/1). Odredba čl. 57/3 predviđa da će, u slučaju kada je u rešenju o izvršenju određeno više sredstava i predmeta izvršenja, javni izvršitelj po službenoj dužnosti ili na predlog stranke, ograničiti izvršenje na samo neka sredstva i predmete *“koji su dovoljni da se izvršni poverilac namiri”*. Bitan u tom smislu je i čl.58 koji omogućava promenu sredstva i predmeta izvršenja, posebno st. 2, koji ovlašćuje javnog izvršitelja da, po službenoj dužnosti ili na predlog stranke, promeni već određeno sredstvo *“ako postoji očigledna nesrazmera između određenog sredstva i predmeta izvršenja i visine potraživanja izvršnog poverioca”*.⁸³ Posebno se u čl.151a predviđa da će posle upisa zabeležbe rešenja o izvršenju javni izvršitelj, po službenoj dužnosti ili na predlog stranke, odrediti da se izvršenje sprovede *“na drugoj nepokretnosti ili drugim sredstvom i predmetom izvršenja, ako postoji očigledna nesrazmera između visine potraživanja i vrednosti nepokretnosti koju je izvršni poverilac predložio u predlogu za izvršenje, a druga nepokretnost, odnosno drugo sredstvo i predmet izvršenja su dovoljni za namirenje potraživanja izvršnog poverioca u razumnom roku”*.

Referentna praksa ESLJP, inače, ne sugerise potpuno izuzimanje jedine nepokretnosti od izvršenja⁸⁴ jer se pitanje smatra domenom slobodne procene država, ali način uređenja mora ostati u okvirima dopuštenog i onemogućiti povrede osnovnih ljudskih i procesnih prava.⁸⁵ Takođe, prinudno izvršenje ne bi smelo dovesti do ugrožavanja osnovnih društvenih vrednosti kao što su život, dostojanstvo, socijalna egzistencija i delatnost izvršnog dužnika kao ni lica koja od njega zavise.⁸⁶ Između ovih zahteva države moraju naći optimalna rešenja. Neka rešenja Ovršnog zakona,⁸⁷ npr., uslovljena su odlukama Vaskrsić protiv Slovenije⁸⁸ i Vrzić protiv Hrvatske,⁸⁹ i mogu biti poticaj za izmene i kod nas. Odredbama čl.80b OZ izričito je predviđeno odbijanje predloga za određivanje izvršenje prodajom nepokretnosti za

⁸² Vaskrsić protiv Slovenije, nap. br. 47.

⁸³ O značaju ovakvog zakonskog rešenja Uzelac, A., *op. cit.*, 52.

⁸⁴ *Ibidem*,

⁸⁵ *Ibidem*, 65.

⁸⁶ Dika, M., *Građansko ovršno pravo, I. knjiga - Opće građansko ovršno pravo*, 2007, 64.

⁸⁷ Ovršni zakon, *“Narodne novine”*, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, nadalje OZ.

⁸⁸ Vaskrsić protiv Slovenije, nap. br. 47.

⁸⁹ Vrzić protiv Hrvatske, nap. br. 42.

svako novčano potraživanje ako glavnicu ne prelazi 40 000 kuna (približno limitu iz ZIO) uz dva izuzetka: potraživanje po osnovu zakonskog izdržavanja i radi namirenja štete uzrokovane izvršenim krivičnim delom. Moguće je odbijanje predloga i kada glavnicu prelazi ovaj limit ako sud oceni da bi prodaja nekretnine *narušila pravičnu ravnotežu* između interesa izvršnog dužnika i izvršnog poverioca uz obavezu suda da pri oceni narušavanja uzme u obzir sve okolnosti slučaja. U teoriji se ocenjuje da je na ovaj način hrvatsko izvršno pravo usaglašeno sa referentnom praksom ESLJP o zaštiti prava svojine.⁹⁰ Zaštitu prava na dom nalazimo u čl.75⁹¹ o zabrani izvršenja radi ostvarenja novčane tražbine na stvarima i pravima izvršnog dužnika fizičkog lica nužnim za zadovoljenje osnovnih životnih potreba njega i lica koja je po zakonu dužan da izdržava.⁹² Prema st.5 upravo se *jedina nepokretnost u kojoj stanuje izvršni dužnik smatra nužnom za zadovoljenje osnovnih životnih potreba izvršnog dužnika i lica koja je po zakonu dužan da izdržava*, izuzev ako je u momentu zaključenja pravnog posla kojim je preuzeo obavezu izjavio da je saglasan da se radi namirenja tražbine izvršenje može sprovesti na njegovoj jedinoj nepokretnosti za šta se u teoriji smatra da su velikoj meri prevaziđeni minimalni standardi prakse ESLJP posebno sobzirom na odredbe o socijalnom zbrinjavanju izvršnog dužnika.⁹³

Relevantne su, nadalje, norme koje se odnose na (ne)određivanje najniže cene pri prinudnoj prodaji nepokretnosti. Važeći ZIO predviđa da se nepokretnost na prvom javnom nadmetanju ne može prodati ispod 70% *procenjene vrednosti*, a na drugom ispod 50% (čl.178/1,2). Postoji i mogućnost sporazuma izvršnog poverioca i izvršnog dužnika da na prvom javnom nadmetanju cena bude viša od 70% procenjene vrednosti (st.3). Ukoliko drugo javno nadmetanje ne uspe (čl.183) javni izvršitelj odmah poziva izvršnog poverioca da u roku od 15 dana izabere namirenje prodajom nepokretnosti neposrednom pogodbom ili prenosom prava svojine na nepokretnosti (čl.184). Neposredna pogodba moguća je i po sporazumu stranaka (čl.185). Izvršni poverilac je svakako u povoljnoj poziciji i ako ne uspe javno nadmetanje i ako ugovor o prodaji neposrednom pogodbom ne bude zaljučen u određenom roku jer može izabrati da se namiri prenosom prava svojine na nepokretnosti (čl.190,191). Javna prodaja se odvija putem elektronskog javnog nadmetanja⁹⁴ koje je uvedeno kao barijera zloupotrebama koje su u praksi uočene,⁹⁵ a kojima su javni izvršitelji doprinosili.⁹⁶ Elektorsko nadmetanje postoji u nizu razvijenih evropskih

⁹⁰ Uzelac, A., *op. cit.*, 62.

⁹¹ Zakon o izmenama i dopunama Ovršnog zakona, "Narodne novine", br. 73/2017

⁹² Između fizičkog lica koje ne obavlja registrovanu delatnost i onog koji je obavlja nema razlike u pogledu zabrane koja se odnosi na stvari i prava neophodna za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba, čl. 75/1,2 OZ

⁹³ Uzelac, A., *op. cit.*, 62, vid. odredbe čl. 131 (a,b,c) OZ.

⁹⁴ Pravilnik o organizaciji i postupku elektronskog javnog nadmetanja, "Sl. glasnik RS", br. 14/2020

⁹⁵ Godinama je postojao uzak krug pravnih i fizičkih lica koja figuriraju kao kupci nepokretnosti na javnim nadmetanjima, a po prethodnom dogovoru, što je i država priznavala. Pribegavalo se tome da se potencijalni kupci demotivišu da učestvuju na javnoj prodaji, pa čak i neprimerenim i protivzakonitim metodama, a ukoliko ni to ne uspe pribegavalo se fiktivnom nudenju znatno više cene uz kasniji odustanak najboljeg ponuđača i prodaju narednom najpovoljnijem, Deretić, J., Nova rešenja - automatizacija izvršnog postupka, *Iustitia*, 3/2019, 13, 14.

⁹⁶Npr., Presuda VKS, Uzp. 187/19, od 20.06.2019. god. kojom je potvrđena presuda Upravnog suda kojom je javni izvršitelj oglasen odgovornim za niz izvršenih disciplinskih povreda, baza PROPISI.NET, 20.01.2022.

država,⁹⁷ a iskustva su pozitivna kako kada je reč o visini postignute cene stoga što svako može da učestvuje čime se povećava tražnja, tako i stoga što su ponudioци anonimni, odnosno učestvuju preko identifikacionog broja koji dodeljuje sistem.

Vrednost nepokretnosti procenjuje se prema tržišnoj ceni na dan prodaje (čl.165/1), ali javni izvršitelji imaju ovlašćenje da procenu povere “odgovarajućim organizacijama, institucijama ili pravnim i fizičkim licima odgovarajuće struke”, a mogu prihvatiti i procenu koju predloži izvršni poverilac ako nije starija od šest meseci a potiče od pobrojanih subjekata. Kako je od 2016. god. u primeni Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti,⁹⁸ koji reguliše sticanje svojstva licenciranih procenitelja to bi svakako trebalo uvrstiti u odredbe ZIO.

Privremenu zaštitu prava na dom omogućava i institut odlaganja izvršenja, ali veoma rigidni razlozi i okolnost da je ESLJP zauzeo stav da “odgoda ovrhe u okviru ovršnog postupka nije bila primjeren mehanizam zaštite prava na dom”⁹⁹ umanjuju značaj ovog procesnog instrumenta u kontekstu prava na dom. Čvršće i direktnije garantije daje čl.161 i 162 ZIO, o zaštiti zakupaca nepokretnosti i zakupaca stanova na neodređeno vreme. Naime, pod uslovima iz zakona, ovi vidovi zakupa ne prestaju prodajom nepokretnosti u postupku izvršenja.

U okviru analiziranja mogućnosti da se tek u postupku izvršenja istakne prigovor zaštite doma, imajući na umu prethodna izlaganja u vezi parničnog postupka, izdvajaju se situacije kada izvršni dužnik nije pre postupka izvršenja ni imao mogućnost da ovakav prigovor istakne jer nije vođen kontradiktoran postupak.¹⁰⁰ Odredba čl.41. ZIO koja nabroja izvršne isprave ukazuje na više takvih situacija.¹⁰¹ S obzirom na karakteristike postupka izvršenja i restriktivan pristup raspravi praktično prva mogućnost za pozivanje na pravo na dom je u žalbi izvršnog dužnika protiv rešenja o izvršenju. Neki od taksativno nabrojanih razlozia (čl.74), čini se, omogućavaju izvršnom dužniku isticanje ovog prigovora. Tako, npr., razlog iz t. 2. čl.74, ako je izvršna isprava na osnovu koje je doneto rešenje o izvršenju poništena, ukinuta, preinačena ili stavljena van snage. Ove posledice, međutim, nastupaju van postupka izvršenja, odnosno u postupku po pravnim lekovima u drugom (najčešće parničnom) postupku. Zaštitu pružaju i odredbe o prigovoru trećeg lica koje tvrdi da na predmetu izvršenja ima neko pravo koje sprečava izvršenje i kojim zahteva da se utvrdi da je izvršenje na tom predmetu nedozvoljeno (čl.108/1). Ukoliko se prigovor odbije trećem licu je na raspolaganju pokretanje parničnog postupka protiv izvršnog poverioca radi utvrđenja nedozvoljenosti izvršenja (čl.111/1). ZIP, međutim, predviđa i tužbu izvršnog dužnika za utvrđivanje nedozvoljenosti izvršenja kao posebno pravno sredstvo¹⁰² uz uslov da je žalba izvršnog dužnika odbijena usled činjenica

⁹⁷ https://e-justice.europa.eu/content_judicial_auctions-473-en.do#n03; <https://www.6storage.com/pros-and-cons-of-online-auction-vs-onsite-auction/#artStoreSec3>, 12.01.2022.

⁹⁸ Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, “Sl. glasnik RS”, br. 108/2016 i 113/2017 - dr. zakon.

⁹⁹ Paulić protiv Hrvatske, nap. br. 44.

¹⁰⁰ Zoroska-Kamilovska, T., Reforme sistema izvršenja u državama regiona - konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme, Zbornik radova: *Harmonizacija građanskog prava u regionu*, 2013, 454, 455.

¹⁰¹ Javnobeležničke isprave koje imaju snagu izvršne isprave, ugovor o hipoteci, ali je ostavljena mogućnost da drugi zakon, npr., odredi šta je izvršna isprava.

¹⁰² O tome više, Stanković, G., Palačković, D., Trešnjev, A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2020, 449-461.

koje su među strankama sporne, a odnose se na samo potraživanje. U sudskoj praksi izražen je povodom ove tužbe stav da se upravo tim pravnim sredstvom ističe povreda prava na zaštitu doma.¹⁰³ No, i upućivanje na parnicu opet znači da se zaštita pruža po pravilima tog, a ne postupka izvršenja.

¹⁰³ Rešenje Višeg suda u Novom Sadu, Gž 5460/20 od 18.01.2021.

THE RIGHT TO THE HOME
(practice of the European Court of Human Rights and procedural instruments
of civil and enforcement proceedings in the Republic of Serbia)

(Summary)

Home is not just a place, a space to live in. It is a complex term whose interpretation and analysis need a multidisciplinary approach. The case law of the European Court of Human Rights has formulated a factual-functional criteria for the interpretation of Article 8 of the European Convention, which guarantees the right to respect for the home. Starting from the circumstances of each specific legal matter, a sufficient and continuous (permanent) connection with a certain place is of special importance to the European Court of Human Rights, as well as a psychological (emotional) connection with the space where private and family life take place. The existence of a valid civil law basis for the use of a home is not a determining circumstance. As it is a matter of qualified convention law, determining a possible violation implies the so-called “triple test” which is applied by national courts in civil court proceedings. It is primarily a litigation procedure with procedural instruments that guarantee the protection of the right. The use of standards formulated in the practice of the European Court of Human Rights causes certain problems at the normative level, as well as in court practice, even in Serbia. The analysis of the rules of civil and enforcement procedure in the context of these standards indicates the harmonization of a number of solutions. However, the violations of this right in practice indicate the necessity of specifying some normative solutions, but also the particularly complex tasks that the protection of this right sets before judges.

Key words: home, the right to the home, the “triple test”, civil procedure, enforcement procedure

LITERATURA:

1. Čanović, J., Pravo na poštovanje doma u praksi Ustavnog suda Republike Srbije (uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava), u *“Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske Unije”* (ur. S Soković), Kragujevac, 2021.
2. Dika, M., *Građansko ovršno pravo, I. knjiga - Opće građansko ovršno pravo*, 2007,
3. European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the Convention - Right to respect for private and family life, (updated on 31 August 2021), https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf
4. Janevski, A., Zoroska-Kamilovska, T., *Građansko procesno pravo*, Kniga prva, *Parnično pravo*, Praven fakultet “Justinijan prvi”, Skopje, 2009.
5. Maganić, A., Praksa Evropskog suda za ljudska prava i pravo na dom, u *“Pravo na dom”* (ur. J. Barbić), Zagreb, 2016, 20, <http://virgo.pravo.hr>, 15.12.2021.
6. Mihelčić, G., Marochini, M., Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka* (1991) v.35, br.1

7. Nikolić, D. Ž., Midorović, S.D., Ograničnje prava svojine pravom na dom (pojmovna određenja i pravna politika), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2020.
8. Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Zagreb, 2013.
9. Pinjić, E., Vranešević, L., Djelotvorna zaštita prava na dom u parnici i ovrsi - od partikularnih do sustavnijih rješenja, <https://www.google.com/search?q>
10. Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015,
11. Radolović, A., Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, (1991) v.36, br.1, 2015.
12. Roagna, I., *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, u skladu sa Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima*, Council of Europe, Generalni direktorat za ljudska prava i vladavinu prava, Strasbourg, 2012,
13. Stanković, G., Palačković, D., Trešnjev, A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2020.
14. Terminski, B., The Right to Adequate Housing in International Law: Polish Transformation Experiences, 225, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31406.pdf>
15. Uzelac, A., Hrvatsko građansko pravosuđe između Strazbourga i Zagreba ili o europeizaciji ovršnog prava na primjeru ovrhe na nekretnini, *Evropska budućnost hrvatskog građanskog pravosuđa - uvodna izlaganja*, (ur. J. barbić), HAZU, 2019, 48, http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A67_Uzelac_HAZU_Ovrha.pdf
16. Vojvodić, J., Respect of the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the recent case law of the European Court of Human Rights, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2020.
17. Zoroska-Kamilovska, T., Reforme sistema izvršenja u državama regiona - konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme, *Zbornik radova: Harmonizacija građanskog prava u regionu*, 2013.

Propisi

1. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979)
2. Convention on the Rights of the Child (1989)
3. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006)
4. Convention Relating to the Status of Refugees (1951),
5. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)

6. International Covenant on Civil and Political Rights (1966)
7. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)
8. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965),
9. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990)
10. Ovršni zakon, "*Narodne novine*", br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20
11. Porodični zakon, "*Sl. glasnik RS*", br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015
12. Pravilnik o organizaciji i postupku elektronskog javnog nadmetanja, "*Sl. glasnik RS*", br. 14/2020
13. Universal Declaration of Human Rights (1948)
14. Ustav Republike Srbije, "*Sl. glasnik RS*", br. 98/2006;
15. Zakon o eksproprijaciji, "*Sl. glasnik RS*", br. 53/95, "*Sl. list SRJ*", br. 16/2001 - odluka SUS i "*Sl. glasnik RS*", br. 20/2009, 55/2013 - odluka US i 106/2016 - autonomno tumačenje.
16. Zakon o hipoteci, "*Sl. glasnik RS*", br. 115/2015, 63/2015 - odluka US i 83/2015
17. Zakon o izmenama i dopunama Ovršnog zakona, "*Narodne novine*", br. 73/2017
18. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "*Sl. glasnik RS*", br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje i 54/2019,
19. Zakonu o nasleđivanju, "*Sl. glasnik RS*", br. 46/95, 101/2003 - odluka USRS i 6/2015,
20. Zakonu o obligacionim odnosima, "*Sl. list SFRJ*", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "*Sl. list SRJ*", br. 31/93, Sl. list SCG, br. 1/2003 - Ustavna povelja i "*Sl. glasnik RS*", br. 18/2020
21. Zakonu o osnovama svojinskopравnih odnosa, "*Sl. list SFRJ*", br. 6/80 i 36/90, Sl. list SRJ, br. 29/96 i "*Sl. glasnik RS*", br. 115/2005 - dr. zakon
22. Zakon o parničnom postupku, "*Sl. glasnik RS*", br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020
23. Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, "*Sl. glasnik RS*", br. 108/2016 i 113/2017 - dr. zakon
24. Zakona o stanovanju i održavanju zgrada, "*Sl. glasnik RS*", br. 104/2016 i 9/3030 - dr. zakon,
25. Zakonu o vanparničnom postupku, "*Sl. glasnik SRS*", br. 25/82 i 48/88 i "*Sl. glasnik RS*", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 - dr. zakon,

Dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor u trajnom zvanju
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

POSTUPAK ODUZIMANJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

347.155-056.34/.36:347.919.1(497.6)
изворна научна статија

Oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti je statusni izvanparnični postupak u kojemu sud ispituje jesu li se ispunili zakonski uvjeti za oduzimanje poslovne sposobnosti punoljetne osobe, odlučuje o obimu lišenja poslovne sposobnosti.

Autor u radu prikazuje pojam, cilj i način provođenja postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti; prijedlog za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti; nadležnost; zabilježbu vođenja postupka kod zemljišnoknjižnog suda; obavijest matičnom uredu; ročište o raspravljanju o prijedlogu za oduzimanje ili vraćanje poslovne sposobnosti; činjeničnu osnovu; nalaz i mišljenje vještaka; smještaj u zdravstvenu ustanovu; rješenje suda; odlaganje donošenja rješenja; rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti; shodnu primjenu odredaba drugih zakona; žalbu protiv rješenja; dostava rješenja matičnom uredu i zemljišnoknjižnom organu i utjecaj na imovinsko-pravne odnose; javnost i troškove postupka.

Ključne riječi: izvanparnični postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti, prijedlog za pokretanje postupka, utjecaj rješenja na imovinska i statusna prava

I/ UVOD

Pravila po kojima sudovi postupaju i odlučuju o osobnim, obiteljskim, imovinskim i drugim pravima i pravnim interesima, a koji se po zakonu rješavaju u izvanparničnom postupku, utvrđena su u **Zakonu o vanparničnom postupku** ("Službene novine Federacije BiH", broj 2/98., 39/2004., 80/2014, 11/2001., dalje – **ZIZVP** ili **ZVP**).¹

Temelj za donošenje ZIZVP-a sadržan je u odredbi čl. IV. C. 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, kojom je predviđeno da će pravila postupka potrebna da bi se osigurala jednakost u postupanju, kao i temeljna načela pravičnosti u postupcima pred sudovima, biti utvrđena zakonima Federacije, pa tako i ZIZVP-om. S obzirom da je, do donošenja ZIZVP-a, izvanparnični postupak bio reguliran preuzetim Zakonom o vanparničnom postupku SR BiH, bilo je nužno donijeti ovaj federalni ZIZVP.²

¹ Ovaj zakon, iako federalni, objavljen je u jednom jezičnom obliku, pa radi točnosti naziv zakona navodimo na bošnjačkom jeziku, a dalje ćemo se koristiti hrvatskim nazivom - izvanparnični postupak.

² Više kod ČIZMIĆ, J., *Novo građansko procesno pravo Federacije Bosne i Hercegovine*, "Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu", vol. 50, 2000., br. 1-2, str. 143-181.

Oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti je statusni izvanparnični postupak u kojemu sud ispituje jesu li se ispunili zakonski uvjeti za oduzimanje poslovne sposobnosti punoljetne osobe, odlučuje o obimu lišenja polovne sposobnosti. Razlozi za takovo oduzimanje moraju biti trajnije naravi jer stranka gubi pravo disponiranja svojim statusnim i imovinskim pravima. Stupnjevitost poslovne sposobnosti kreće se od potpune poslovne sposobnosti, ograničene poslovne sposobnosti te potpune poslovne nesposobnosti.

II/ POJAM, CILJ I NAČIN PROVOĐENJA POSTUPKA ODUZIMANJA I VRAĆANJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Odredbama čl. 29. ZIZVP-a određuju se cilj i način provođenja postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti. U tom smislu je odredbom st. 1 čl. 29. ZIZVP-a propisano da je izvanparnični sud u postupku oduzimanja i vraćanja

Prva kodifikacija izvanparničnog prava, koja je u značajoj mjeri uticala na razvoj izvanparničnog postupka u BiH, bio je austrijski Carski patent iz 1854. godine „krijepostan za svekolike krunovine, izim Krajine vojničke kojim se o sudbenom postupku u pravnim poslovima izvan parnice uvodi nov zakon“. Osim relativno skromnog općeg dijela koji je obuhvatao 19 paragrafa zakon je najvećim dijelom uređivao ostavinski postupak (član 20.-180.). Ostali instituti nisu bili tako iscrpno uređeni zakonom, a odnosili su se na postupak u poslovima tutorstva i skrbi (čl. 181.-219.), posvojenje, pozakonjenje, dobrovoljnu procjenu i prodaju (čl. 267.-280.), sudske svjedodžbe, prijepis i ovjeravanje isprava (čl. 281.-293.). Izvanparnično procesno pravo unificirano je u Kraljevini Jugoslaviji Zakonom o vanparničnom postupku iz 1934. Heterogenost izvora kojima se uređivala vanparnična materija na području tadašnje Kraljevine Jugoslavije, potaknule su donošenje Zakona o vanparničnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1934. godine. Svrha zakona bila je i prilagođavanje pravila vanparničnog prava novom Građanskom parničnom postupku, te uklanjanje praznina i nejasnoća nastalih u praksi. Vidi kod BAJRIĆ, S., *Razvoj vanparničnog postupka u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na vanparničnu proceduru u FBiH*, „Pravna misao“, Sarajevo, 2009., broj 11-12, str. 73 i 74. Poslije oslobođenja odredbe tog zakona primjenjivale su se kao pravna pravila uz uvjet da nisu bile zamijenjene novim propisima i da su bile u skladu s novim poretkom. Do kvalitativnih pomaka u uređenju izvanparničnog postupka dolazi donošenjem Zakona o nasljeđivanju iz 1955. godine, koji je sistematski cjelovito regulirao ne samo specifičnosti ostavinskog postupka već i tzv. opća pitanja iz predratnog zakona. Judikatura je upravo stoga generalizirala značenje odredaba toga zakona o tim općim pitanjima, proširivši njihovu primjenu i na druge posebne izvanparnične postupke. Daljnja bitna promjena u zakonodavnom uređenju izvanparničnog postupka nastupila je donošenjem Ustavnih amandmana XX do XLI na Ustav SFRJ iz 1971. godine, a onda i Ustava iz 1974. godine. Tim je ustavnim instrumentima dotadašnja zakonodavna kompetencija federacije u statusnim, bračnim, porodičnim, nasljednopravnim, stambenim i u čitavom nizu drugih odnosa značajnih za izvanparničnu jurisdikciju prenesena na republike i pokrajine. Tako DIKA, M., *Potreba donošenja saveznog Zakona o izvanparničnom postupku i ujedinjavanje republičkog i pokrajinskog izvanparničnog zakonodavstva*, „Pravni život“, god. xxxx, 1990., broj 1, str. 5. i 6.). Decentralizacijom zakonodavne djelatnosti, republike i pokrajine preuzele su samostalno uređivanje materijalno-pravnih odnosa u oblasti obiteljskog prava, nasljednog prava, stambenog prava, eksproprijacije i dr., pa su zbog toga one i bile ovlaštene da postupak za raspravljanje tih odnosa same uređuju svojim procesnim zakonima. Kada je za određene odnose bilo propisano da se raspravljaju u postupku pred izvanparničnim sudom, ta pitanja su uređivali svojim zakonima o izvanparničnom postupku. Vidi RISTIĆ, V. – RISTIĆ, M., *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 1985., dalje – RISTIĆ, str. IX). Kao pravna pravila Zakon o vanparničnom postupku iz 1934. u Bosni i Hercegovini je primjenjivan sve do 1989. godine, kada je tadašnja SR Bosna i Hercegovina donijela Zakon o vanparničnom postupku, koji je primjenjivan sve do 1998. godine, kada je Federacija Bosne i Hercegovine donijela ZIZVP, kojim je praktično preuzet u cjelini Zakon iz 1989. godine. Tako ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*, Sarajevo, 2001., dalje – ZEČEVIĆ, str. 3.

poslovne sposobnosti dužan utvrditi je li punoljetna osoba zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje u stanju da se sama brine o svojim pravima i interesima, te da joj sukladno tome potpuno ili djelomično oduzme poslovnu sposobnost, ili da potpuno ili djelomično vrati poslovnu sposobnost onoj punoljetnoj osobi kod koje su prestali razlozi za potpuno, odnosno djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti.³ Poslovna sposobnost je sposobnost da se svojim izjavama volje stječu prava i obveze i uopće da se poduzimaju radnje s pravnim učinkom. Poslovna sposobnost stječe se punoljetnošću, tj. s navršениh 18 godina života, kao i stupanjem u brak s navršениh 16 godina života, po odobrenju nadležnog izvanparničnog suda. Osobe od 14-18 godina života su ograničeno poslovno sposobne. One mogu poduzimati samo pravne poslove manjeg značaja, a za poslove većeg značaja potrebno je odobrenje njihovih roditelja odnosno organa starateljstva, ukoliko zakonom nije drukčije određeno. Starateljstvo je oblik zaštite maloljetnih osoba bez roditeljskog staranja i punoljetnih osoba koje nisu sposobne ili koje nisu u mogućnosti starati se o sebi, svojim pravima, interesima i obavezama. Svrha starateljstva je da zamijeni roditeljsko staranje, odnosno da pruži zaštitu ličnosti i interesa punoljetnih šticećenika, osiguravanjem adekvatnih medicinskih tretmana i njihovim osposobljavanjem za samostalan život i rad. Poslove starateljstva vrši organ starateljstva. Punoljetnoj osobi u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti koja zbog duševne bolesti, zaostalog duševnog razvoja ili prekomjernog uživanja alkohola ili opojnih droga, senilnosti ili drugih uzroka nije sposobna sama brinuti o svojim pravima i interesima.⁴

Razlozi za prirodnu poslovnu nesposobnost mogu biti bilo momentalni bilo takvi da traju neko vrijeme, ali u svakom slučaju moraju imati prolazni karakter. Za razliku od toga kod sudskog oduzimanja poslovne sposobnosti razlozi moraju biti trajnije naravi, bez obzira na mogućnost opoziva rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti.⁵

Postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti je izvanparnični postupak kojim se uređuje osobno stanje punoljetne osobe.⁶ Oduzimanje (potpuno ili djelomično) poslovne sposobnosti, i u slučajevima kada je to opravdano, predstavlja akt zadiranja u sferu statusnih prava čovjeka i građanina.⁷ Tim aktom nositelj tih prava ograničava se u disponiranju svojim subjektivnim građanskim pravima, pretežno imovinsko-pravnog karaktera, i paralizira se njegova aktivnost.⁸ Postupak za lišenje poslovne sposobnosti pokreće se prema onoj punoljetnoj osobi koja je na tom stupnju sposobnosti za normalno rasuđivanje da nije u stanju sama se brinuti o

³ Vidi kod ČIZMIĆ, J. – TAJIĆ, H., Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2011., str. 92. – 93. (dalje – ČIZMIĆ – TAJIĆ – KOMENTAR).

⁴ VODIĆ KROZ VANPARNIČNI POSTUPAK BROŠURA ZA KORISNIKE SUDSKIH USLUGA, podatak na stranici: <https://advokat-prnjavorac.com/sudska-praksa/Vanparnicni-sudski-postupak.pdf>, str. 16.

⁵ Vidi i kod RADOLOVIĆ, A., *Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol.30, No.1., Rijeka, 2009., str. 187. – 193. Vidi i kod STANKOVIĆ, G., *Zakon o vanparničnom postupku, objašnjenje, tumačenje i stvarni registar*, Službeni glasnik, Beograd, 2014., str. 13. – 20.

⁶ Vidi i kod STANKOVIĆ, G., *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 23/1983., str. 145. Vidi i STANKOVIĆ, G., *Nova zakonska rješenja u postupku za lišenje poslovne sposobnosti*, "Pravna riječ br. 40/2014.", str. 464. – 465.

⁷ Vidi kod ČALIJA, B. – OMANOVIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000., str. 346.

⁸ KAMHI, S., *Vanparnični postupak*, Sarajevo, 1968., dalje – KAMHI, str. 64.

svojoj osobnosti i svojim pravima i interesima.⁹ Osnovni razlog oduzimanja poslovne sposobnosti jest činjenica da punoljetna osoba nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje.¹⁰

Što se tiče uzroka koji mogu dovesti do potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje, ZIZVP ne navodi taksativno ni poimenice koji su to razlozi koji mogu dovesti do nesposobnosti za rasuđivanje pa time ni do oduzimanja poslovne sposobnosti, niti daje jasnu uputu sudu u kojim slučajevima nekoj osobi treba potpuno, a u kojim djelomično oduzeti poslovnu sposobnost. Međutim, u Obiteljskom zakonu FBiH navedeni su uzroci koji mogu dovesti do toga da se punoljetnoj osobi oduzima poslovna sposobnost. S obzirom na to da je Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine *lex specialis* u odnosu na ZIZVP, u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti trebalo bi primjenjivati i njegove odredbe, a posebno one u kojima su navedeni uzroci koji mogu dovesti do toga da se punoljetnoj osobi oduzima poslovna sposobnost. Tako, prema odredbi čl. 192. ObZ-a, poslovna sposobnost oduzima se punoljetnoj osobi koja zbog duševne bolesti,¹¹ zaostalog duševnog razvoja¹² ili prekomjernog uživanja alkohola¹³ ili opojnih droga,¹⁴

⁹ TODOROVIĆ, L.J. – HADŽIMUSIĆ, M., *Parnični postupak*, Sarajevo, 2003., dalje – TODOROVIĆ, str. 435.

¹⁰ STJEPANOVIĆ, S. – MILIJEVIĆ, N. – ŠAĆIROVIĆ, S., *Vanparnica*, teorija-praksa, Banja Luka, 2010., dalje – STJEPANOVIĆ, str. 12.

¹¹ Duševna bolest (šizofrenija, paranoja, manično-depresivna psihoza i dr.) je oboljenje centralnog nervnog sistema (prvenstveno mozga) trajnije prirode, koja se ispoljava u patološkim oblicima većine psihičkih funkcija. ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*, Sarajevo, 2001., dalje – ZEČEVIĆ, str. 39. Duševna bolest biće razlog za potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti u onim slučajevima kada lice nije sposobno da se samo stara o sebi i da štiti svoja prava i interese. Potreban je teži oblik duševnog oboljenja koji dovodi do nesposobnosti za rasuđivanje. Ako duševna bolest nije takvog intenziteta, pa po procjeni suda, lice može da se stara o većini svojih prava i interesa, ali samo svojim pojedinačnim postupcima ugrožava svoje i tuđe interese, onda će sud ograničiti, djelomično oduzeti, poslovnu sposobnost (STJEPANOVIĆ, o. c., str. 12.-14.).

¹² Duševna zaostalost (*oligofrenija*) predstavlja stanje zaustavljenog ili nedovršenog razuma, koje se posebno karakteriše skromnim intelektualnim sposobnostima. Tri su glavne vrste oligofrenije: debili (kao dijete od 8-12 god.), imbecili (kao dijete od 4-8 god.) i idioti (kao dijete do 4 god.). Zaostali duševni razvoj je u mnogo većoj mjeri podoban za egzaktno utvrđivanje stepena preostale inteligencije. Od četiri kategorije mentalno zaostalih lica, prvoj grupi kojoj pripadaju laka mentalno zaostala lica ne mora biti čak ni ograničena poslovna sposobnost, a drugoj grupi kojoj pripadaju umjereno mentalno zaostala lica, koja imaju količnik inteligencije između 36-50, bi se mogla samo ograničiti poslovna sposobnost, dok kod teže mentalne zaostalosti kod koje je sačuvan količnik inteligencije između 21 - 35 kao i kod teško mentalno zaostalih lica, koja imaju količnik inteligencije manji od 20, treba biti oduzeta poslovna sposobnost. *Ibid.*, str. 12.-14.

¹³ *Alkoholizam* najčešće predstavlja uzrok djelomičnog oduzimanja poslovne sposobnosti. PZ FBiH i Porodični zakon Brčko distrikta ne smatraju alkoholičarima sva lica koja uživaju alkohol, već izričito navode da je za to potrebno prekomjerno uživanje alkohola, da bi se licu oduzela ili ograničila poslovna sposobnost. Dakle, objektivni uslov je prekomjerna upotreba alkohola koja nije trenutna već trajna upotreba, a kao alternativan je naveden subjektivni uslov da zbog takvog stanja ovo lice nije sposobno da se brine o svojim pravima i interesima. Ako samo ugrožava svoje interese onda će zbog tog uzroka licu biti ograničena poslovna sposobnost. *Ibid.*, str. 12.-14.

¹⁴ *Narkomanija* i prekomjerno uživanje opojnih droga predstavlja uzrok za oduzimanje poslovne sposobnosti, ali može biti i uzrok ograničenja poslovne sposobnosti. Sve zavisno od toga u kojem stepenu je lice u stanju da sebi i drugima nanosi štetu, da ugrožava svoja prava i interese, kao i tuđa jer su upravo takva lica u stalnom sukobu sa stvarnošću. Smatramo da namjera zakonodavca nije bila da se samo u slučaju prekomjernog uživanja opojnih droga može oduzeti ili ograničiti poslovna sposobnost, već da se poslovna sposobnost takvih lica može ograničiti u svakom slučaju kad ona ugrožavaju svoja prava

senilnosti¹⁵ ili drugih uzroka nije sposobna sama se brinuti o svojim pravima i interesima, a ako zbog navedenih razloga neposredno ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih osoba **ograničava** joj se poslovna sposobnost.

U pogledu „drugih uzroka“ zbog kojih neka punoljetna osoba nije sposobna sama se brinuti o svojim pravima i interesima, u teoriji se navodi da to može biti neka druga tjelesna ili duševna mana poput slaboumnosti, rasipništva,^{16 17} teška fizička bolest,¹⁸ psihotična stanja nastala uslijed trovanja (primjerice, gljivama, otrovima) i sl.¹⁹

Pri tome nije od primarnog značaja koji je razlog nesposobnosti za rasuđivanje, već u kojoj je mjeri izražena nesposobnost da se takva osoba stara o svojim pravima i interesima. Od toga zavisi hoće li joj poslovna sposobnost biti u potpunosti ili djelomično oduzeta.²⁰ Sud će djelomično oduzeti poslovnu sposobnost također zbog duševne bolesti i duševne zaostalosti, kao i drugih uzroka, ali one treba da nisu takvog intenziteta i trajanja da bi se nekoj osobi potpuno oduzela poslovna sposobnost.²¹ Ukoliko stranka nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima u postupku, a nije joj oduzeta poslovna sposobnost, sud treba o tome obavijesti organ starateljstva i nadležni sud radi pokretanja odgovarajućeg postupka. Sud bi trebao prekinuti postupak dok se ne provede postupak oduzimanja poslovne sposobnosti, odnosno dok ga organ starateljstva ili nadležni sud ne obavijesti o obustavi, a za vrijeme prekida postupka mogu se poduzeti samo radnje za koje postoji opasnost od odgode, a naročito one kojima treba osigurati ili zaštititi prava stranke koja nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima.²² Ako stranka nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima u postupku, a nije joj oduzeta poslovna sposobnost, sud joj može postaviti privremenog zastupnika i o tome treba bez odgode obavijestiti organ starateljstva (ObZ, čl. 270.). Razmatrajući stajališta domaće i strane, starije i novije sudske prakse u radu vam predstavljamo neka od tih stajališta. Prema stajalištu sudske prakse ne može se prihvatiti zaključak prvostupanjskog suda da je duševno stanje punoljetne osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost, koje je okarakterizirano kao paranoidno stanje po zakonu predviđen razlog za djelomično

i interese ili prava i interese drugih lica usljed upotrebe opojnih droga u bilo kojoj količini. *Ibid.*, str. 12.-14.

¹⁵ *Senilnost (dementia sinilis)* je jedna od mogućih u zakonu navedenih uzroka za oduzimanje poslovne sposobnosti ili ograničavanja. Pod pojmom senilnost podrazumijeva se niz psihofizičkih karakteristika i promjena specifičnih za starost. *Ibid.*, str. 12.-14.

¹⁶ Iako niti jedan zakon ne spominje jednu od najstarijih ustanova u pravu, rasipništvo, ne bi bila prepreka da se pod pojmom „drugi uzroci“ uvrsti i slučaj kada to lice svojim postupcima neracionalno smanjuje svoju imovinu, čime ugrožava svoj opstanak i opstanak lica koja treba da izdržava. *Ibid.*, str. 31.

¹⁷ ZUGLIA, S., *Nekoliko pitanja u vezi s vanparničnim postupcima o uređenju statusnih odnosa*, „Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu“, god. IV, 1954., broj 1-2, str. 103.

¹⁸ *Teška fizička bolest* može dovesti do toga da lice nije sposobno samo da se brine o svojim pravima i interesima. Licima koja zbog preživljenog moždanog udara nisu u mogućnosti da pokreću udove može biti oduzeta poslovna sposobnost. STJEPANOVIĆ, o. c., str. 12.-14.

¹⁹ TODOROVIĆ, o. c., str. 436.

²⁰ Vidi kod ZEČEVIĆ, o. c., str. 39.

²¹ MILJEVIĆ, N. i dr., *Modul 8, Građanska oblast - Vanparnični postupak*, Sarajevo, 2006., dalje – MILJEVIĆ, str. 21.

²² Više kod MILAS, I., *Obiteljsko pravo i socijalna skrb-međuovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništvu za punoljetne osobe*, „Revija za socijalnu politiku“, vo. 12, No.3-4., Zagreb, 2005., str. 301. – 318.

oduzimanje poslovne sposobnosti.²³ Prema stajalištu starije prakse smatra se da bi se punoljetna osoba djelomično lišila poslovne sposobnosti, opasnost ugrožavanja njenih prava ili interesa ili prava i interesa drugih osoba mora biti neposredna, pa nije dovoljno ako u tom smislu postoji samo potencijalna opasnost.^{24,25} Stajalište je starije strane prakse da se ne može prihvatiti zaključak prvostupanjskog suda da je duševno stanje protivnika predlagača, koje je okarakterizirano kao paranoidno stanje, po zakonu predviđen razlog za djelomično lišavanje poslovne sposobnosti.²⁶ Prema stranoj praksi nužan uvjet za lišenje poslovne sposobnosti punoljetne osobe je da ta osoba nije u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima zbog postojanja duševne bolesti. Svaka duševna bolest ne predstavlja razlog za lišenje poslovne sposobnosti punoljetnog lica.²⁷

Prema odredbi st. 2. čl. 29. ZIZVP-a, postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti mora se završiti što prije, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema prijedloga (tako i ObZ, čl. 325.). ZIZVP u ovim predmetima propisuje hitnost postupanja s obzirom da se odlučuje o oduzimanju odnosno vraćanju poslovne

²³ Prema čl. 29. st. 1. ZVPFBiH, u postupku lišenja poslovne sposobnosti sud ispituje da li je punoljetna osoba prema stupnju sposobnosti za normalno rasuđivanje u stanju da se sama brine o svojim pravima i interesima i zavisno od toga odlučuje o potpunom ili djelimičnom oduzimanju poslovne sposobnosti, a na osnovu razloga određivanih u čl. 192. Porodičnog zakona FBiH. Kako u prvostupanjskom postupku nije sa sigurnošću utvrđeno duševno stanje osobe kojoj se oduzma poslovna sposobnost, sud će u ponovnom postupku odrediti vještačenje od strane komisije vještaka, radi utvrđivanja duševnog stanja osobe kojoj se oduzma poslovna sposobnost, a naročito stupanj njene sposobnosti za normalno rasuđivanje, te ocjene da li je ta osoba sposobna štititi svoja prava i interese, pa u skladu sa rezultatima vještačenja, po potrebi odrediti vrstu poslova, koje osoba kojoj se oduzma poslovna sposobnost može poduzimati samostalno, pored poslova na koje je zakonom ovlaštena, shodno čl. 38. ZVPFBiH, u svezi sa čl. 192. Porodičnog zakona FBiH; Okružni sud u Beogradu, broj: Gž-7186/84., RISTIĆ, V. – RISTIĆ, M., *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 1985., dalje – RISTIĆ, str. 83-84.

²⁴ Vrhovni sud Hrvatske, broj: Gzz-34/84 od 31. 5. 1984. godine - M. Žuvela, *Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava*, Zagreb, 1988, odl. 30.

²⁵ Postojanje hroničnog alkoholizma nije dovoljan razlog da se neko lice liši poslovne sposobnosti, već je potrebno da se ispune razlozi iz čl. 274. Zakona o braku i porodičnim odnosima Republike Srbije... da ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih lica; Okružni sud u Nišu, broj: Gž-808/93. od 9. 4. 1993. godine, R. ČOSIĆ - T. KRSMANOVIĆ, *Aktuelna sudska praksa iz građanskoprocenog prava*, Beograd, 2003., dalje – ČOSIĆ, str. 212, odl. 2094.

²⁶ Prema članu 31. Zakona o vanparničnom postupku, u postupku lišenja poslovne sposobnosti, sud ispituje da li je punoletno lice prema stepenu sposobnosti za normalno rasuđivanje u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima i zavisno od toga odlučuje o potpunom ili delimičnom lišenju poslovne sposobnosti, a na osnovu razloga predviđenih u čl. 274. Zakona o braku i porodičnim odnosima. Kako u prvostepenom postupku nije sa sigurnošću utvrđeno duševno stanje protivnika predlagača, to će sud u ponovnom postupku odrediti vještačenje od strane komisije vještaka, radi utvrđivanja duševnog stanja protivnika predlagača, a naročito stepena njegove sposobnosti za normalno rasuđivanje, te ocene da li je sposoban da štiti svoja prava i interese, pa u skladu sa rezultatima vještačenja, po potrebi odrediti vrste poslova, koje isti može preduzimati samostalno, pored poslova na koje je zakonom ovlašten, shodno čl. 40. st. 2. Zakona o vanparničnom postupku, u vezi sa čl. 274. st. 2. i 3. Zakona o braku i porodičnim odnosima; Okružni sud u Beogradu, broj: Gž-7186/84., RISTIĆ, o.c., str. 84.

²⁷ Nužan uslov za lišenje u smislu člana 274. Zakona o braku i porodičnim odnosima je da to lice nije u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima zbog postojanja duševne bolesti. U konkretnom slučaju te uzročne veze nema. Naprotiv, tužilac se brine o svojim pravima i interesima. U momentu zaključenja ugovora o punomoćstvu (tužioca u parnici zastupa advokat) nema sumnje u njegovu sposobnost za rasuđivanje. Te sumnje nema ni u daljem toku postupka, kao ni u momentu zaključenja glavne rasprave, jer lekar specijalista, neuropsihijatar, tu odlučnu činjenicu ne ističe; Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-2026/99 od 28. 12. 1999. godine - Sudska praksa, br. 2/2000, str. 51, odl. 99.

sposobnosti nekoj osobi koja je nužni uvjet za samostalno odlučivanje odnosno učinkovito poduzimanje pravnih i drugih radnji.²⁸ Postupak se vodi u interesu osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost, ali i u interesu drugih osoba pa i u javnom interesu. Hitnost postupka naročito se ogleda u odredbama kojima se propisuju rokovi za žalbu, u činjenici da žalba po pravilu ne zadržava izvršenje, da je drugostupanjski sud dužan odlučiti u roku od tri dana od primitka žalbe,²⁹ da sud vrlo brzo postupuje, da ročište, kad je to nužno, odloži samo na kraći rok, da se poduzmu sve mjere kako se ročište ne bi odlagalo i sl.³⁰ Specifična načela ovog postupka su: hitnost, oficioznost, inkvizitornost, socijalnost, nejavnost.³¹ Ovaj rok nije moguće održati u situaciji kada osobu čije se duševno stanje utvrđuje treba smjestiti u zdravstvenu ustanovu radi vještačenja.³²

III/ PRIJEDLOG ZA ODUZIMANJE I VRAĆANJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Odredbama čl. 30. ZIZVP-a utvrđen je krug osoba koje su ovlaštene podnijeti prijedlog za pokretanje, odnosno pokrenuti postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti. Nužni uvjet za stranku koja sudjeluje u parnici jest postojanje stranačke sposobnosti, dok za sudjelovanje u parnici nije nužno da stranka ima i parničnu sposobnost, tj. parnica se može voditi i sa strankom koja nema parničnu sposobnost, te će u tom slučaju ista biti zastupana po zakonskom zastupniku, pa posljedično tome sud ne može prekinuti parnični postupak radi razjašnjenja prethodnog pitanja koje se sastoji u tome da li stranka ima parničnu sposobnost. Prema odredbi st. 1. čl. 30. ZIZVP-a, postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti može se pokrenuti na prijedlog: 1) organa starateljstva; 2) tužitelja, 3) bračnog druga, djeteta i roditelja osobe koja predlaže oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti, 4) djeda, babe, brata, sestre, unuka i drugih osoba, ukoliko trajno žive u istom obiteljskom domaćinstvu sa osobom za koju se predlaže oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti, 5) osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost ukoliko ona može shvatiti značaj i pravne posljedice svoga prijedloga, te 6) drugih osoba ukoliko je to predviđeno zakonom. U prijedlogu za pokretanje navedenih postupka treba navesti činjenice na kojima se zasniva prijedlog i predložiti dokazi kojima se utvrđuju te činjenice (arg. ObZ, čl. 326.).³³ Drugim riječima, u prijedlogu za oduzimanje, ograničenje ili vraćanje poslovne sposobnosti treba navesti činjenice iz kojih proizlazi osnovanost takvog prijedloga (na primjer, ponašanje osobe na koju se odnosi prijedlog, eventualni boravak u zdravstvenoj ustanovi i sl.), te dokaze kojim se utvrđuju te činjenice (na primjer, medicinske isprave – dokumentacija, vještačenje, eventualno svjedoci

²⁸ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ – KOMENTAR, o. c., str. 97.

²⁹ RISTIĆ, o. c., str. 83.

³⁰ VUKOVIĆ, S., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova*, Beograd, 2003., dalje – VUKOVIĆ, str. 40.

³¹ Vidi kod MILAS, I., *Obiteljskopравни status osoba lišenih poslovne sposobnosti*, Monografija Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2005., str. 80.

³² ZEČEVIĆ, o. c., str. 39.

³³ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 96. – 97.

i dr.).³⁴ Ako postupak nije pokrenuo organ starateljstva, prijedlog mora sadržavati podatke iz kojih proizlazi ovlaštenje za pokretanje postupka, tj. činjenice iz kojih se vidi srodstvo predlagatelja sa osobom čija se poslovna sposobnost ispituje, ili bračna veza ili srodstvo i život u obiteljskoj zajednici s tom osobom.³⁵

ZIZVP polazi od stajališta da svim ovlaštenim osobama treba pružiti mogućnost da pokrenu postupak iz bilo kojeg razloga, ako su se stekli uvjeti za vođenje takvog postupka, bez obzira hoće li to dovesti do potpunog ili djelomičnog oduzimanja poslovne sposobnosti. Iznimno djed, baka, brat, sestra, unuk i neke druge osobe, mogu postupak pokrenuti samo ako trajno žive u istom domaćinstvu sa osobom za koju se predlaže oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti, odnosno kod koje su se stekli uvjeti za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti (arg. ZIZVP, čl. 30. st. 1. t. 4.).³⁶ ZIZVP predviđa da se postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti može pokrenuti i na prijedlog same osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost, ukoliko ono može shvatiti značaj i pravne posljedice svoga prijedloga. Slučaj kad sama osoba pokreće postupak za svoje lišenje poslovne sposobnosti u teoriji se naziva „dobrovoljno lišenje poslovne sposobnosti“. Sama osoba može pokrenuti postupak radi oduzimanja poslovne sposobnosti radi zaštite interesa članova svoje uže obitelji ili radi zaštite svoje imovine. U praksi će ovi slučajevi biti rijetki, a najčešće će biti mogući ako se radi o rasipništvu.³⁷ Ista osoba ovlaštena je podnositi prijedlog o vraćanju svoje poslovne sposobnosti.

Prema stajalištu sudske prakse prijedlog za oduzimanje poslovne sposobnosti mogu podnijeti samo osobe koje su na to ovlaštene zakonom.³⁸ Prema stajalištu starije strane prakse ako postupak da se neka osoba liši poslovne sposobnosti nije pokrenut

³⁴ Tako ZEČEVIĆ, E., *Porodični odnosi*, Sarajevo, 2005., str. 93.

³⁵ MILJEVIĆ, o. c., str. 22.

³⁶ Usporedi BORANIJAŠEVIĆ, V., *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti-Prema Zakonu o vanparničnom postupku Republike Srbije*, "Zbornik radova Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća", Split, 2015., str. 133. – 135.

³⁷ Usp. STANKOVIĆ, G., *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti*, „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu“, XXIII, 1983., str. 149.

³⁸ (čl. 30. ZVPFBiH u vezi sa čl. 326. st. 1. Porodičnog zakona FBiH). Iz obrazloženja: M.I., N. B., A. D. i B. S., stanari u zgradi u ulici 22, Sarajevo, su podnijeli prijedlog za djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti Z. B., navodeći da Z. B., prilikom posjete svojim rođakinjama koje žive u istoj zgradi, stvara probleme, oštećuje zajedničke dijelove zgrade i uznemirava ih. Općinski sud u Sarajevu odbacio je ovaj prijedlog i odredio da troškovi postupka padaju na teret predlagača. Rješenjem Kantonalnog suda, broj 009-0-Gž-06-000774 od 24. marta 2008. godine, djelomično je usvojena žalba M.I. i ostalih predlagača, i rješenje Općinskog suda preinačeno tako da je odbijen prijedlog za djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti Z. B. U obrazloženju rješenja je navedeno da je Općinski sud pravilnom primjenom materijalnog prava utvrdio da M.I. i ostali predlagači nisu aktivno legitimisani u ovom postupku. Naime, odredbama člana 30. Zakona o vanparničnom postupku ("Službene novine Federacije BiH", broj 2/98) izričito je regulisano ko može podnijeti prijedlog za oduzimanje poslovne sposobnosti, a druge osobe mogu to učiniti samo kada je to predviđeno zakonom, a u vezi sa članom 326. stav 1. Porodičnog zakona ("Službene novine Federacije BiH". br. 35/05 i 41/05), koji određuje da postupak može pokrenuti sud po službenoj dužnosti ili na prijedlog organa starateljstva, supružnika lica kome se oduzima poslovna sposobnost ili njegovi krvni srodnici u ravnoj liniji, a u pobočnoj liniji do drugog reda. U obrazloženju rješenja Kantonalni sud je dalje navedebo da je Općinski sud pogriješio što je prijedlog odbacio, jer je nedostatak legitimacije pitanje materijalnog prava, pa je prvostepeno rješenje preinačeno i prijedlog odbijen u skladu sa članom 30. Zakona o vanparničnom postupku a u vezi s članom 326. stav 1. Porodičnog zakona "Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu, broj 009-0-Gž-06-000774 od 24. 3. 2008. godine i rješenje Općinskog suda u Sarajevu, broj: 065-0-V-06-000 229 od 24. 2. 2006. godine.

na prijedlog organa starateljstva, sud će o pokretanju postupka odmah obavijestiti nadležni organ starateljstva.³⁹ Stajalište je starije strane prakse da roditelj ne odgovara za štetu prouzrokovanu od strane svoga djeteta koje je poslije punoljetnosti postalo nesposobno za rasuđivanje, ukoliko nije postavljen za njegovog staratelja.⁴⁰ Prema starijoj sudskoj praksi roditelj i braća osobe, koja je štetu počinila u stanju nesposobnosti za rasuđivanje (radnja duševno bolesne osobe), odgovorni su za štetu samo pod pretpostavkama iz odredbe. Stoga ne odgovaraju ako nad štetnikom nije produženo roditeljsko pravo, niti su mu bili postavljeni za staratelja, a niti su po ugovoru nad štetnikom bili dužni vršiti nadzor.⁴¹ Prema stranoj sudskoj praksi osoba koja uslijed duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja ili kojih drugih razloga nije sposobna za rasuđivanje, ne odgovara za štetu koju drugome prouzrokuje. U slučaju štete koju je prouzrokovala osoba koje za nju nije odgovorna, a naknada se ne može dobiti od osobe koja je bila dužna da vodi nadzor nad njom, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a naročito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili djelomično.⁴²

Osim osoba koje su ovlaštene na temelju odredaba st. 1. čl. 30. ZIZVP-a, postupak za oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti može pokrenuti i sud po službenoj dužnosti (ZIZVP, čl. 30. st. 2.). Mogućnost pokretanja postupka od strane suda po službenoj dužnosti temelji se na činjenici da se u postupku odlučuje o osobama koje nisu u mogućnosti same se brinuti o zaštiti svojih prava i interesa, odnosno koje se nalaze pod posebnom društvenom zaštitom.

Sporno je kako će postupiti izvanparnični sud kada je prijedlog podnijela osoba koja nije ovlaštena na to na temelju zakona. U sudskoj praksi postoji mišljenje da se prijedlog kojega je podnijela neovlaštena osoba ne može odbaciti ako je postupak već započet, jer je sud ionako ovlašten postupak pokrenuti po službenoj dužnosti.⁴³ Budući da se i postupak za lišenje i postupak za vraćanje poslovne sposobnosti pokreću i po službenoj dužnosti, te s obzirom na to da je u tim postupcima određujuće istražno načelo, sud bi bio dužan u povodu prijedloga ovlaštenih osoba po službenoj dužnosti utvrditi relevantno činjenično stanje.⁴⁴ Prema stajalištu starije strane sudske prakse ne može se odbaciti prijedlog za lišenje poslovne sposobnosti kada je postupak već započet, iako predlagač ne spada u krug osoba određenih zakonom.⁴⁵

³⁹ Vrhovni sud Hrvatske, broj: Gzz-31/83 od 19. 5. 1983. godine - M. Žuvela, *Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava...* odl. 31.

⁴⁰ Vrhovni sud Crne Gore, broj: Rev-103/82 od 29. 12. 1982. godine - Bilten VSCG, br. 12/1982, str. 4; Sudska praksa, br. 5/1983, str. 35.

⁴¹ Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Rev-2909/90 od 4. 4. 1991. godine - Izbor odluka, VSRH 1993, odl. 93.

⁴² Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-340/98 od 1. 7. 1998. i Rev-593/99. od 25.11.1999. godine. „Kada je predlagač podnio prijedlog radi oslobađanja poslovne sposobnosti iz šikaniranih razloga pa se ustanovi da nije bilo razloga za pokretanje postupka, protivnik predlagača ima pravo na naknadu troškova“ (Okružni sud, Požarevac, Gž. 35/91.).

⁴³ MILIJEVIĆ, str. 22.

⁴⁴ Vidi DIKA, M., *Izvanparnični postupci u obiteljskim stvarima (III.)*, „Pravo i porezi“, god. XIII., 2004., broj 10, str. 16.

⁴⁵ Po članu 32. stav 1. Zakona o vanparničnom postupku (ZOVP) postupak za lišenje poslovne sposobnosti sud pokreće i vodi po službenoj dužnosti, bilo da ga je sam pokrenuo, bilo da su to učinila ovlaštena lica ili organi u članu 3. stav ZOVP. Tačno je da predlagač ne spada u krug lica iz člana 32. stav 1. jer je razvedeni bračni drug, ali je sud započeo postupak i treba da oceni da li ima osnova da se postupak vodi po službenoj dužnosti ili ne. Prema tome, ne može se odbaciti predlog za vođenje

IV/ NADLEŽNOST

Odredbom čl. 31. ZIZVP-a utvrđuje se mjesna nadležnost sudova za vođenje postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti. U tom smislu ZIZVP propisuje da je za vođenje postupka nadležan sud na čijem području osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost ima prebivalište, odnosno boravište.⁴⁶ Svakako je u interesu osobe zbog koje se vodi ovakav postupak da bude mjesno nadležan sud na čijem području ta osoba ima prebivalište, odnosno boravište.⁴⁷ Za vođenje postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti stvarno su nadležni općinski sudovi.⁴⁸

Prema stajalištu starije strane sudske prakse u postupku za oduzimanje poslovne sposobnosti sud koji je djelomično proveo postupak ne može se oglasiti nenadležnim zbog promijenjenih okolnosti, ni po službenoj dužnosti ni po prijedlogu predlagatelja.⁴⁹ U postupku radi oduzimanja poslovne sposobnosti (svojevlasti) ne dolazi do primjene pravno pravilo iz čl. 19. ZPP, kojim je određen moment do kojeg se može sud proglasiti mjesno nenadležnim po službenoj dužnosti i moment do kojeg prigovor mjesne nenadležnosti može sa uspjehom staviti tuženi (protustranka).⁵⁰

V/ ZABILJEŽBA VOĐENJA POSTUPKA KOD ZEMLJIŠNOKNJIŽNOG SUDA

Odredbom čl. 32. ZIZVP-a nalaže se sudu koji vodi postupak oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti da, radi zabilježbe vođenja postupka, bez odlaganja obavijestiti organ nadležan za vođenje zemljišnoknjižne evidencije kada je osoba kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost vlasnik nepokretnosti.⁵¹ Svakako, osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost trebala bi biti upisana u zemljišnoj knjizi kao vlasnik tih nekretnina.

Zabilježba postupka omogućava trećim zainteresiranim subjektima da se upoznaju s pokrenutim postupkom, ali je i u cilju što potpunije zaštite interesa osobe prema kojoj je pokrenut postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti. Zabilježba se upisuje u teretovnicu (list „C“). *Ratio* ove odredbe je u tome što bi u međuvremenu dok postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti traje, ta osoba mogla navedenu imovinu otuđiti, odnosno raspolagati njome na način kojim bi ugrozila svoje interese, ili interese osoba koje izdržava. Stavljanjem zabilježbe postupka u javnoj knjizi sva takva raspolaganja ostaju bez pravnog učinka. Kada se postupak okonča sud dostavlja

postupka, već sud prema okolnostima slučaja odlučuje da li i dalje treba voditi postupak po službenoj dužnosti“. Okružni sud u Požarevcu, broj: Gž-643/90., od 11. 4. 1990. godine

⁴⁶ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 100.

⁴⁷ Vidi ZEČEVIĆ, o. c., str. 40.

⁴⁸ Zakon o sudovima u Federaciji BiH, "Službene novine Federacije BiH", br. 38/05, 22/06, 63/10, 72/10, 7/13, 52/14. (čl. 27.)

⁴⁹ Savezni sud, broj: Grs-67/75 od 11. 3. 1975. godine - Zbirka sudskih odluka, 1976, knj. 1, sv. 4. str. 250.

⁵⁰ Vrhovni sud Hrvatske, broj: R-17/70 od 11. 2. 1970. godine – Pregled sudske prakse VSH, br. 1/1970, str. 22.

⁵¹ Zabilježba je prema pravnim pravilima zemljišno knjižnog prava vrsta zemljišno knjižnog upisa kojim se u zemljišnoj knjizi evidentiraju i čine javnim određeni pravno relevantni osobni odnosi titulara zemljišno knjižnih prava kao i neke pravno relevantne činjenice koje su od značaja za zemljišno knjižna prava. ZEČEVIĆ, o. c., str. 41.

organu nadležnom za vođenje zemljišnoknjižne evidencije pravomoćno rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti, a ukoliko odbije prijedlog za oduzimanje poslovne sposobnosti, obavještava o tome taj organ radi brisanja zabilježbe.⁵² Učinak zabilježbe pokretanja postupka za oduzimanje poslovne sposobnosti vlasnika nepokretnosti prestaje danom pravomoćnosti odluke kojom je odbijen prijedlog, bez obzira što zabilježba nije brisana poslije pravomoćnosti rješenja.⁵³

Prema stajalištu starije strane sudske prakse kod pokretanja postupka za lišenje poslovne sposobnosti ima mjesta postavljanju privremenog staratelja i to se ima zabilježiti u zemljišnim knjigama, a zbog samog pokretanja postupka nema mjesta donošenju, a ni zabilježbi zabrane otuđenja i opterećenja nekretnina.⁵⁴

VI/ OBAVIJEST MATIČNOM UREDU

Odredbom čl. 33. ZIZVP-a nalaže se izvanparničnom sudu da, radi evidentiranja vođenja postupka, o pokretanju postupka oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti obavijesti općinsku službu nadležnu za poslove vođenja matičnih knjiga u kojima je upisana osoba kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost.⁵⁵ Dakle, radi se samo zabilježbi vođenja postupka, a nakon što rješenje postane pravomoćno dostavit će se službi za vođenje matičnih knjiga radi upisa promjene stanja.⁵⁶ Ako je sud prijedlog za oduzimanje, odnosno vraćanje poslovne sposobnosti odbio, obavijestit će općinsku službu za vođenje matičnih knjiga radi brisanja zabilježbe a tako je sud dužan postupiti i kada je obustavljen izvanparnični postupak vođen po službenoj dužnosti.

Obavještavanje matičara o pokrenutom postupku značajno je zbog toga što duševna bolest, odnosno nesposobnost za rasuđivanje predstavlja apsolutnu smetnju za zaključenje braka, a saznanje te činjenice značajno je i za zasnivanje i vršenje drugih prava te osobe (primjerice, roditeljskog prava i dr.).⁵⁷

VII/ ROČIŠTE O RASPRAVLJANJU O PRIJEDLOGU ZA ODUZIMANJE ILI VRAĆANJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Odredbom čl. 34. ZIZVP-a određuje se krug osoba koje je sud dužan, odnosno koje može pozvati na ročište za raspravljanje o prijedlogu za oduzimanje ili vraćanje poslovne sposobnosti. Tako je prema odredbi st. 1. čl. 34. ZIZVP-a, sud dužan na sva ročišta za raspravljanje o prijedlogu za oduzimanje ili vraćanje poslovne sposobnosti pozvati predlagatelja, staratelja osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost,

⁵² RISTIĆ, o. c. str. 86.

⁵³ VUKOVIĆ, o. c. str. 41.

⁵⁴ Okružni sud u Slavonskoj Požegi, broj: Gž-116/72 od 21. 3. 1972. godine - Pregled sudske prakse VSH, br. 1/1972, str. 34.); „Djelovanje zabilježbe pokretanja postupka za oduzimanje poslovne sposobnosti vlasnika nekretnine prestaje na dan pravomoćnosti odluke kojom je odbijen prijedlog za to oduzimanje, bez obzira što zabilježba nije brisana nakon pravomoćnosti navedene odluke“ (Vrhovni sud Srbije, broj: Gž-1207/76 od 5. 11. 1976. godine, Zbirka sudskih odluka Vrhovnog suda Srbije iz oblasti građanskog prava, str. 352, odl. 1885.).

⁵⁵ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 102.

⁵⁶ Vidi ZEČEVIĆ, E., *Porodični odnosi*, Sarajevo, 2005., str. 93.

⁵⁷ TODOROVIĆ, o. c., str. 441.; VUKOVIĆ, o. c., str. 43.

odnosno njegovog privremenog zastupnika i organ starateljstva. Predlagatelj, staratelj osobe kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost, odnosno njezin privremeni zastupnik i organ starateljstva mogu u toku postupka sudjelovati pri izvođenju dokaza i raspravi o rezultatima cjelokupnog postupka (arg. ObZ, čl. 330.). Zbog značaja koji postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti ima kako za osobu prema kojoj se postupak vodi, tako i za treće zainteresirane osobe, ZIZVP je propisao obvezno odlučivanje o prijedlogu nakon održane rasprave na ročištu (arg. ZIZVP, čl. 11. i 35.). Bez obzira sudjeluje li tijelo starateljstva u postupku oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti, sud je dužan pozivati ga na ročište (arg. ZIZVP, čl. 5. st. 2.). Sud kod koga je pokrenut postupak da se nekoj osobi oduzme ili ograniči poslovna sposobnost dužan je o tome odmah obavijestiti organ starateljstva koji će, ako je potrebno, toj osobi imenovati privremenog staratelja.⁵⁸ Dužnost privremenog staratelja prestaje kad se imenuje stalni staratelj ili kada odluka suda kojom se utvrđuje da nema mjesta oduzimanju, odnosno ograničenju poslovne sposobnosti postane pravomoćna. (ObZ, čl. 195.). Ako je organ starateljstva osobi prema kojoj se vodi postupak postavio (privremenog) staratelja, sud će i njega pozvati na ročište. Ako nije postavljen staratelj, sud će shodnom primjenom čl. 296. FZPP-a postaviti osobi prema kojoj se vodi postupak privremenog zastupnika i njega pozivati na ročišta.⁵⁹ Privremeni zastupnik (*curator ad litem*) je zakonski zastupnik kojega stranci u postupku, ako su za to ispunjene zakonom propisane pretpostavke, postavlja sud. Taj se zastupnik postavlja stranci s obzirom na određeni postupak pa bi stoga njegove ovlasti prestajale okončanjem postupka, ako ih ne izgubi i prije toga (v. FZPP, čl. 297.). Postavljanje privremenog zastupnika je posebna mjera u postupku koja je utemeljena na načelima efikasnosti i ekonomičnosti u postupku. Privremeni zastupnik ima u postupku za koji je postavljen sva prava i dužnosti zakonskog zastupnika.⁶⁰ Stajalište je sudske prakse da sud može postaviti privremenog zastupnika samo onoj osobi kome bi to mogao učiniti organ starateljstva.⁶¹ Prema stajalištu strane sudske prakse u izvanparničnom postupku lišavanja poslovne sposobnosti osobe koje se nalazi na liječenju u KPD - bolnica u Beogradu, mora se sprovesti postupak uz sudjelovanje organa starateljstva lica prema kome se postupak vodi, ako to mogućnosti dopuštaju, njegovog staratelja, odnosno privremenog zastupnika, shodno odredbama zakona.⁶² Sud bi trebao pozivati na ročište i osobu kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost, osim ako ta osoba po ocjeni suda nije u stanju shvatiti značaj i pravne posljedice svog sudjelovanja u postupku (ZIZVP, čl. 34. st. 2.), odnosno ako bi zbog njezinog zdravstvenog stanja bilo nemoguće da se sasluša ili bi joj to štetilo. Sud treba nastojati u svakom slučaju pozivati na ročište i saslušati osobu prema kojoj se vodi postupak, pošto je za potpunije uvjerenje suda o poslovnoj sposobnosti te osobe važno i neposredno opažanje suda. Ovo pozivanje i saslušanje ima za cilj da se sud neposredno, u direktnom kontaktu sa strankom, uvjeri u njeno psihičko stanje.

⁵⁸ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 104. – 106.

⁵⁹ Tako ZEČEVIĆ, E., *Porodični odnosi*, Sarajevo, 2005., str. 94.

⁶⁰ Vidi kod ČIZMIĆ, J., HUSEINBEGOVIĆ, A., *Privremeni zastupnik u parničnim postupcima Bosne i Hercegovine*, “Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, br. 14., Mostar, 2016., str. 203. – 213. (dalje – ČIZMIĆ – HUSEINBEGOVIĆ).

⁶¹ VS FBiH, Pž-28/97. od 6. 5. 1997. godine - Bilten sudske prakse VS FBiH, broj 1997/1, odluka broj 14.

⁶² Opštinski sud u Guči, broj: R-19/04 od 1. 6. 2006. i Okružni sud u Čačku, broj: Gž-1108/06 od 27. 9. 2006. godine - Sudska praksa, br. 6/2007, str. 37, odl. 97.

Saslušanje osobe prema kojoj se postupak vodi nema karakter saslušanja stranke. Ovo saslušanje je izvidna radnja koju sud mora poduzeti da bi formirao podlogu za svoju odluku, jer je stekao uvjerenje o psihofizičkim kvalitetama osobe, o stupnju njene sposobnosti za normalno rasuđivanje, o njenoj sposobnosti ili nesposobnosti da se stara o svojim pravima i interesima.⁶³ Štoviše, sud bi mogao, ako to smatra korisnim i potrebnim, saslušati i druge osobe koje imaju veća i bliska saznanja o zdravstvenom stanju i ponašanju osoba kojima se oduzima poslovna sposobnost.⁶⁴

Prema stajalištu sudske prakse: Nije dopušteno pokrenuti ovršni postupak protiv djeteta bez sudjelovanja njegovog zakonskog zastupnika. Županijski sud u Varaždinu, Gž-2511/16-2 od 224. 05. 2017.; Sud je dužan saslušati osobu u odnosu na koju se provodi postupak lišenja poslovne sposobnosti. U suprotnom, počinjena je bitna povreda iz članka 354. stavka 2. točke 6. ZPP-a i članka 498. stavka 3. ObZ-a. ŽS u Splitu, Gž Ob – 142/2019-2 od 22. 03. 2019.;

VIII/ ČINJENIČNA OSNOVA

Odredbom st. 1. čl. 35. ZIZVP-a propisano je da sud o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti odlučuje na temelju činjenica utvrđenih na ročištu. Činjenice (engl. *facts*, njem. *Tatsachen*) su događaji, stanja, zbivanja iz prošlosti ili sadašnjosti o kojemu ovisi nastanak, promjena ili prestanak pravnog odnosa. U postupku, za razliku od pravnog, činjenično je svako konkretno pitanje o kojemu ovisi rješenje spora odnosno određene nesporne pravne stvari. Navedenom odredbom se također uvodi i načelo usmenosti (njem. *Muendlichkeitgrunstz*) koje zahtijeva da se radnje u postupku poduzimaju usmeno na ročištima, te da se kao osnova za donošenje odluke može uzeti samo ono što je na usmenoj raspravi iznijeto. Usmenost je kao suvremeno procesno načelo prihvaćeno kao određujuće načelo u domaćim sudskim postupcima.

Držimo da sud može utvrđivati i činjenice koje sudionici nisu iznijeli, kao i činjenice koje među sudionicima nisu sporne, ako su od značaja za odlučivanje. Ako posumnja da stranke neistinito prikazuju činjenice da bi ostvarile nedozvoljeno raspolaganje zahtjevom, može narediti da se dokazuju činjenice koje su među strankama nesporne, odnosno da se izvedu i dokazi koje stranke nisu predložile (arg. ZIZVP, čl. 8. st. 2.). U izvanparničnom postupku sud, u pravilu, nije vezan ni priznatim činjenicama. Izjava o priznanju činjenica ne oslobađa potrebe da se takva činjenica dokazuje. S obzirom na činjenicu da bi sud trebao pozivati na ročište i osobu kojoj se oduzima ili odnosno vraća poslovna sposobnost, osim ako ta osoba po ocjeni suda nije u stanju shvatiti značaj i pravne posljedice svog sudjelovanja u postupku (arg. ZIZVP, čl. 34. st. 2.), kako bi je saslušao i na temelju neposrednog zapažanja stekao potpunije uvjerenje o poslovnoj sposobnosti te osobe (o psihofizičkim kvalitetama osobe, o stupnju njene sposobnosti za normalno rasuđivanje, o njenoj sposobnosti ili nesposobnosti da se stara o svojim pravima i interesima), ZIZVP je ovlastio sud da u slučaju ako je osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost smještena u zdravstvenu ustanovu, sud može u toj ustanovi održavati ročište na kojem će saslušati protivnika predlagatelja (ZIZVP, čl. 35. st. 2.). U pogledu održavanja

⁶³ STANKOVIĆ, G., *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti*, „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu“, XXIII, 1983., dalje – STANKOVIĆ, str. 152.).

⁶⁴ RISTIĆ, o. c. str. 87.

ročišta kada to sud smatra svrsishodnim, odredbom čl. 35. ZIZVP-a propisano je da o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti sud odlučuje na temelju činjenica utvrđenih na ročištu. Međutim, ako je osoba kojoj se oduzima, odnosno vraća poslovna sposobnost smještena u ustanovu koja obavlja zdravstvenu djelatnost, sud može u toj ustanovi održavati ročište na kojem će saslušati protivnika predlagatelja. Ovako stipulirana odredba st. 2. u pravnoj je teoriji doživjela i određene kritike. Kao prvo, smatra se da bi njezinom doslovnom primjenom sud mogao u zdravstvenoj ustanovi održati samo ročište (na kojem se izvodi više postupovnih radnji), a ne samo pojedinu izvanparničnu radnju, prvenstveno radnju saslušanja osobe koja se nalazi u zdravstvenoj ustanovi.⁶⁵ Drugo, navodi se da se osoba koja se nalazi u zdravstvenoj ustanovi u st. 1. (a i u drugim odredbama) označava kao „osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost“, dok se u st. 2. ona se označava kao „protivnik predlagatelja“. Ovo se smatra neprihvatljivim ne samo zbog terminološke neujednačenosti, nego i sadržajne, jer se osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost ne može se označavati riječima kao protivnik predlagatelja, pošto je prema odredbama ZIZVP-a protivnik predlagatelja samo ona osoba čiji su interesi suprotni interesima predlagatelja, a to u ovakvom postupku očito ne može biti osoba kojoj se zbog njezinog zdravstvenog stanja i drugih uzroka oduzima odnosno vraća poslovna sposobnost. Takvo označavanje je pogotovo neprihvatljivo ako je postupak pokrenut po službenoj dužnosti.⁶⁶ Odredbama čl. 7. ZIZVP-a daje se ovlaštenje sudu da iznimno, pored radnji na koje ih ZIZVP ovlašćuje, dopusti sudionicima u postupku koji nemaju poslovnu sposobnost poduzimanje (i drugih) radnji, ako ocijeni da je to potrebno radi ostvarenja njihovih prava i pravnih interesa, te ako smatra da su u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnji.

Određena svojstva sudionika, kao što je poslovna, odnosno postupovna sposobnost, imaju značenje procesnih pretpostavaka. Zakonodavac je izbjegao u tekstu odrediti se o kakvim se „radnjama“ radi, ali držimo nedvojbenim da se radi o postupovnim, procesnim radnjama. Nadalje, smatramo da bi u pogledu mogućnosti i načina poduzimanja tih radnji shodno trebalo primijeniti odredbe FZPP-a o parničnoj sposobnosti stranaka, odnosno ovdje sudionika u postupku (arg. ZIZVP, čl. 2. st. 2.). Odredbama članka 292. FZPP-a utvrđene su osnove za određenje pojma parnične sposobnosti te (nepotpuno) kruga nositelja te sposobnosti. Stranka koja je potpuno poslovno sposobna može sama obavljati radnje u postupku (parnična sposobnost) (FZPP, čl. 292. st. 1.). Parnična sposobnost (njem. *die Prozessfaehigkeit*) je sposobnost stranke da s relevantnim procesno-pravnim učinkom samostalno ili preko zastupnika kojega je sama odredila poduzima procesne radnje u postupku. Krug nositelja parnične sposobnosti je uži od kruga nositelja stranačke sposobnosti utoliko što se parnična sposobnost ne priznaje svim nositeljima stranačke sposobnosti. Stranačka je sposobnost pretpostavka parnične, jer se parnična sposobnost može priznati samo onim osobama, organima ili oblicima udruživanja koji imaju određeni procesno-pravni subjektivitet. Parnična sposobnost može biti samo potpuna (neograničena) i bez uvjeta. Osobe bez parnične sposobnosti u parnici zastupaju njihovi zakonski zastupnici (arg. FZPP, čl. 293. st. 1.). Parnična se sposobnost priznaje potpuno poslovno sposobnim fizičkim osobama (stavak 1.). U tom se smislu parnična

⁶⁵ ZEČEVIĆ, o. c. str. 42.

⁶⁶ ZEČEVIĆ, E., *Porodični odnosi*, Sarajevo, 2005., str. 95.

spособnost tih subjekta veže uz poslovnu sposobnost. Punoljetna osoba kojoj je potpuno oduzeta poslovna sposobnost nema parnične sposobnosti (*arg. a contrario* iz stavka 1. i 2.). Punoljetna osoba kojoj je djelomice ograničena poslovna sposobnost parnično je sposobna u granicama svoje poslovne sposobnosti (FZPP, čl. 292. st. 2.), što znači da bi takvoj punoljetnoj osobi trebalo priznati parničnu sposobnost u parnicama koje se tiču odnosa u kojima ima potpunu poslovnu sposobnost, dok ne bi imala parničnu sposobnost u parnicama u vezi s odnosima s obzirom na koje joj je poslovna sposobnost oduzeta ili ograničena.⁶⁷ Određbu stavka 2. ne bi trebalo shvatiti u smislu da bi stranka kojoj je poslovna sposobnost ograničena mogla poduzimati uvjetne parnične radnje analogno kao što ih može poduzimati na području građanskopravnih odnosa osoba s ograničenom poslovnom sposobnošću, parnične radnje koje bi postale pravno valjane ako bi ih naknadno ratihabirao njezin zakonski zastupnik. Takva bi mogućnost bila protivna načelnom stavu da se u parničnom postupku iz razloga procesne ekonomije i pravne sigurnosti ne poduzimaju uvjetne parnične radnje, koji svoj izraz nalazi i u odredbi po kojoj se, dok se nedostaci koji se tiču parnične sposobnosti ne otklone, mogu poduzimati samo radnje zbog čije bi odgode mogle nastati štetne posljedice za stranku (*arg. FZPP, čl. 295. st. 3.*). Takva bi mogućnost, zatim, protivnu stranku dovela u neravnopravni položaj jer bi je se sililo da sudjeluje u parnici, čija bi procesno-pravna valjanost ovisila o naknadnom odobrenju zastupnika stranke s ograničenom poslovnom sposobnošću, koji to odobrenje ne bi dao ako bi ishod parnice bio nepovoljan po tu stranku. Premda bi poslovno sposobnu osobu trebalo smatrati parnično sposobnom sve dok joj se pravomoćno ne oduzme poslovna sposobnost, u sudskoj je praksi izražen stav da bi osobe za koje se može zaključiti da nisu u stanju voditi računa o svojim pravima i interesima, dakle kojima bi zbog toga tek trebalo oduzeti poslovnu sposobnost, trebalo tretirati kao da nemaju parničnu sposobnost.⁶⁸ Malodobnik koji nije stekao potpunu poslovnu sposobnost parnično je sposoban u granicama u kojima mu se priznaje poslovna sposobnost (FZPP, čl. 292. st. 3.), što znači da bi imao parničnu sposobnost u sporovima u vezi s odnosima s obzirom na koje mu je priznata potpuna poslovna sposobnost, dok u sporovima koji bi se ticali odnosa s obzirom na koje bi imao tek ograničenu poslovnu sposobnost, ne bi imao parničnu sposobnost. Tako maloljetnik s navršениh 15 godina života koji radom ostvaruje prihode može raspolagati ostvarenom osobnim dohotkom i zaradom, pa bi mu u sporovima u vezi s tim odnosima trebalo priznati parničnu sposobnost. Maloljetnik koji je stekao potpunu poslovnu sposobnost, npr. zaključenjem braka parnično je sposoban (*arg. iz stavka 3.*). Stranku koja nema parničnu sposobnost zastupa njezin zakonski zastupnik (*arg. FZPP, čl. 293. st. 1.*). Za parničnu sposobnost stranaca mjerodavan je zakon države čiji je on državljanin (79/1. ZRSZ). Ako strani državljanin nije parnično sposoban prema tom zakonu, a sposoban je prema pravu Federacije, može sam poduzimati radnje u postupku (79/2. ZRSZ). Zakonski zastupnik takva stranog državljanina može poduzimati radnje u postupku dok on ne izjavi da sam preuzima vođenje parnice (79/3. ZRSZ). Parnična sposobnost je pozitivna procesna pretpostavka koju stranke i drugi nositelji te sposobnosti moraju imati tijekom čitavoga postupka. Na nedostatak te sposobnosti sud je dužan paziti po službenoj dužnosti

⁶⁷ TRIVA, S. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., dalje – TRIVA, str. 242.-243.

⁶⁸ VSH: Rev- 4279/74 - ZSO 4/77-238; VSBiH: Gž-399/71 - ZSO 1/72-158; VSH: Rev-519/83 - NZ.PSP 23/84-170; VSH: Rev-231/96, IO 2/1996-108.

tijekom prvostupanjskog postupka te žalbenog i revizijskog postupka. Nedostaci u vođenju postupka izazvani okolnošću da je u postupku sudjelovala stranka koja nije imala parničnu sposobnost mogu se otkloniti tako da poduzete radnje nesposobne stranke ratihabira njezin zakonski zastupnik ili ona sama nakon što postane parnično sposobna, svakako uz uvjet da sud prije toga nije svojom odlukom sankcionirao te nedostatke.⁶⁹ Nesporno je da sudionici koji imaju potpunu poslovnu sposobnost, imaju istovremeno i sposobnost za poduzimanje procesnih radnji u izvanparničnom postupku, dok sudionici u postupku koji nemaju poslovnu sposobnost ili im je ona ograničena, ne bi, u pravilu, mogli neposredno poduzimati radnje s procesno-pravnim učinkom. Međutim, ZIZVP je u nekim slučajevima izričito predvidio da i onaj sudionik postupka, koji nema procesnu sposobnost, može ipak poduzeti određenu procesnu radnju. Tako je odredbom čl. 42. stav 2. ZIZVP-a predviđeno da osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost može izjaviti žalbu bez obzira na svoje zdravstveno stanje, a odredbom čl. 58. st. 1. ZIZVP-a predviđeno je da osoba prema kojoj je određena mjera zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi može izjaviti žalbu protiv rješenja o određivanju takve mjere. Odredbom čl. 75. ZIZVP-a određeno je da malodobne osobe mogu pokrenuti postupak za davanje dozvole za zaključenje braka i samostalno sudjelovati u tom postupku. Osim ovlasti za poduzimanje procesnih radnji u izvanparničnom postupku od strane osoba koje nemaju poslovnu sposobnost i koje su izričito propisane odredbama ZIZVP-a, odredbom čl. 7. ZIZVP-a dato je ovlaštenje sudu da može dozvoliti sudioniku koji nema poslovne sposobnosti, da pored radnji na koje je zakonom ovlašten, poduzima i druge radnje u postupku radi ostvarenja svojih prava i pravnih interesa, ako sud smatra da je u stanju da shvati značenje i pravne posljedice tih radnji. Dakle, ovu procesnu mogućnost poslovno nesposobno lice može koristiti samo po dozvoli suda.⁷⁰ Daljnja pretpostavka za punovažnost takvih radnji jest da je osoba koja poduzima takve radnje sposobna shvatiti značaj i pravne posljedice tih radnji. Uz ispunjenje navedenih pretpostavki, takav sudionik izvanparničnog postupka mogao bi predlagati utvrđivanje činjenica, izvođenje dokaza radi utvrđenja činjenica, prekid postupka, donošenje privremene mjere, predlaganje vještačenja i sl.⁷¹ Prije nego što dozvoli poduzimanje takvih radnji sud može na pogodan način pribaviti podatke u odnosu na ličnost sudionika, a pri tome bi trebao imati u vidu i značaj i vrstu izvanparnične stvari o kojoj se raspravlja.⁷²

Prema stajalištu sudske prakse: U izvanparničnom statusnom postupku radi vraćanja poslovne sposobnosti predlagatelja dozvoljeno je u žalbenom postupku iznositi nove činjenice i isticati nove dokaze ako to ne povređuje prava trećih osoba. ŽS u Varaždinu, Gž-3263/14-2 od 11. 07. 2014.; Osoba lišena poslovne sposobnosti, čije rezoniranje braka je na nivou djeteta, i koja bez stalne pomoći i nadzora druge osobe ne može samostalno funkcionirati i skrbiti o sebi, nije sposobna shvatiti značenje braka i obveza koje iz njega proizlaze, zbog čega joj sud neće dozvoliti njegovo sklapanje. ŽS u Bjelovaru, Gž- 1893/10-2 od 21. 12. 2010.; Kada protustranci u postupku radi lišenja poslovne sposobnosti nije dostavljen nalaz i mišljenje

⁶⁹ DIKA, M. -ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 77., dalje – DIKA-ČIZMIĆ, str. 162.-164.

⁷⁰ TODORVIĆ, o. c., str. 401.

⁷¹ VUKOVIĆ, o. c., str. 13.

⁷² Tako RISTIĆ, o. c., str. 21. i ZEČEVIĆ, o. c., str. 13.

vještaka na kojem je sud utemeljio svoju odluku, propuštanjem ove dostave ista je onemogućena u raspravljanju pred sudom. ŽS u Splitu, Gž Ob- 72/2019-2 od 06. 02. 2019.; Relevantno je postojanje poslovne nesposobnosti u trenutku sklapanja pravnog posla, pa je ništav ugovor kojeg je sklopila osoba koja u tom trenutku nije bila sposobna za rasuđivanje, iako joj poslovna sposobnost nije bila oduzeta odlukom suda. ŽS u Rijeci, Gž-1328/16 od 10. 01. 2018.; Vođenje postupka radi potpunog lišenja poslovne sposobnosti oporučiteljice nema utjecaja na pravnu valjanost oporuke ukoliko je ista u vrijeme sastava oporuke bila sposobna za oporučno nasljeđivanje svojom imovinom. ŽS u Varaždinu, Gž-223/09-2 od 22. 04. 2009.

IX/ NALAZ I MIŠLJENJE VJEŠTAKA

Odredbama čl. 36. ZIZVP-a propisuje se obveznost vještačenja osobe prema kojoj se postupak vodi od strane vještaka medicinske struke odgovarajuće specijalnosti.⁷³ Vještačenje je procesna radnja u okviru koje se od strane vještaka, kao osobe koja raspolaže posebnim znanstvenim ili stručnim znanjem i iskustvom, primjenjuju znanstvena i stručna znanja, vještine i metode na činjenice koje predstavljaju predmet vještačenja,⁷⁴ i kojom se pribavlja posebni dokaz - iskaz vještaka i kao takva pridonosi ostvarenju načela traženja materijalne istine. Vještaci (engl. *expert witness; surveyers, court experts*; njem. *Sachverstaendige, Gutachter, Gerichtsgutachter*; talij. *periti, periti giurati*.) su, pak, osobe koje sudu na temelju svoga stručnoga znanja iznose svoja zapažanja o predmetu vještačenja (nalaz) i svoje zaključke o određenim činjenicama izvedene na temelju rezultata toga ispitivanja (mišljenje). Vještak je, dakle, osoba pozvana da pred sudom, koristeći se svojim stručnim znanjem, iznese: svoja sadašnja stručna zapažanja potrebna za utvrđenje sadržaja neke relevantne činjenice (NALAZ) i svoje stajalište o značenju, vjerovanju, uzrocima i posljedicama određenih činjenica koje bi mogle biti važne za utvrđivanje istinitosti u dokazivanju (MIŠLJENJE).⁷⁵ Tako, primjerice, vještak medicinske struke pomaže sudu da utvrdi što je prihvatljivo u redovitoj praksi, a što u posebnim okolnostima, osiguravajući da se profesionalno određeni standardi u realnim kliničkim situacijama aktualno potvrde i usporede sa standardima iskazanim u retorici kliničkih vodiča. Drži se da uspostavljeni standardni postupci u okviru protokola i vodiča dobre prakse jesu primarno relevantni, ali ne mogu biti zamjena za vještaka, pogotovo ako postoje suprotstavljeni vodiči razvijeni u različitim bolnicama.⁷⁶ Sud bi, u pravilu, trebao pozvati vještaka uvijek kad je potrebno takvo stručno znanje koje bitno prelazi razinu znanja koje na tom području sudac obično dostigne. Za vještaka može u načelu biti imenovana i osoba koja ima posebno stručno znanje iz određenog područja medicinske djelatnosti. Medicinsko vještačenje je postupovna radnja u kojoj se medicinski pojmovi i instituti prevode na zakonom

⁷³ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 108. – 109.

⁷⁴ Tako SIJERČIĆ-ČOLIĆ, H. - VULETA, D. - HADŽIOMERAGIĆ, M., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1999., str. 310.

⁷⁵ TRIVA, o. c., str. 432.

⁷⁶ Vidi MUJOVIĆ ZORNIĆ, H., *Značaj veštačenja lekarske greške u građanskom postupku*, zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", br. 6, Mostar 2008, str. 393.

zadane institute i kategorije.⁷⁷ Međutim, sama medicinska stručnost nekog liječnika, pa bila ona i iznadprosječna, nikako ne jamči da će on i kao vještak zadovoljiti.⁷⁸ Stoga, svaka osoba koja se namjerava baviti vještačenjem na području medicinske djelatnosti, dužna je ispunjavati sve (druge) uvjete propisane za stalne sudske vještake. Vještaci se određuju, ponajprije, iz reda imenovanih sudskih vještaka za određenu vrstu vještačenja, ali sud nije vezan za listu sudskih vještaka, nego može po potrebi za vještaka odrediti i drugu osobu.⁷⁹ Naime, službenu listu stalnih sudskih vještaka treba shvatiti kao pomoćno sredstvo, podsjetnik, adresar osoba prikladnih za obavljanje vještačenja, i ta lista može imati samo značenje preporuke i sugestije, a ne i obvezatnog izvora.⁸⁰ Određeni vještaci dužni su iznijeti svoj nalaz i mišljenje. U nalazu se daju temeljni podaci o predmetu vještačenja i nađenom stanju, pa je nalaz svojevrzni opis predmeta vještačenja. Iz mišljenja vještaka vidi se na temelju kojih je pravila (svoje) struke vještak izveo zaključak, te je mišljenje, u stvari, odgovor koji je sud tražio od vještaka.⁸¹ Prema odredbi st. 1. čl. 36. ZIZVP-a, vještak medicinske struke odgovarajuće specijalnosti mora pregledati osobu prema kojoj se vodi postupak te dati nalaz i mišljenje o njezinom duševnom stanju i sposobnostima za rasuđivanje. Jasno je da bi vještak svoj nalaz i mišljenje o duševnom stanju i sposobnosti za rasuđivanje takve osobe trebao izraditi na temelju isprava (dokumentacije) koje su mu prezentirane i pregleda. Samo na temelju priložene dokumentacije, nalaz i mišljenje vještaka medicinske struke odgovarajuće specijalnosti (neuropsihijatra) bez obavljenog pregleda i razgovora sa osobom prema kojoj je pokrenut postupak oduzimanja poslovne sposobnosti o potrebi upućivanja na kliniku radi ispitivanja i liječenja, ne bi se mogao prihvatiti.⁸²

⁸³ Ističe se da je zadatak vještaka medicinske struke u postupcima za oduzimanje poslovne sposobnosti osjetljiv i kompleksan posao te da moraju odgovoriti na mnoga pitanja: postoje li određena stanja koja čine biološku pretpostavku poslovne nesposobnosti, da utvrde utječu li takva stanja i u kojem stupnju na različite psihičke procese i u kojem obimu su pogođene sposobnosti rasuđivanja i odlučivanja, da sagledaju socijalnu dimenziju osobnosti i da procjene u kojem stupnju ponašanje

⁷⁷ Tako GNJIDIĆ, Ž. – BILIĆ, R. i dr., *Uvod u medicinsko vještačenje u građanskim parnicama*, Zagreb, 2008., str. 18.

⁷⁸ Vidi ZEČEVIĆ, D i drugi, *Sudska medicina i deontologija*, Medicinska naklada, Zagreb, 2004., str. 222.

⁷⁹ VSH, Rev- 1849/80. od 17. veljače 1981. god. – PSP, 19/205.

⁸⁰ TRIVA, o. c., str. 530.

⁸¹ Detaljnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine*, „Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, v. 32., 2011., br. 1, str. 473.-510. i ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, „Privredna štampa”, Sarajevo, 2009., dalje – ČIZMIĆ, str. 344.-364.

⁸² Vidi rješenje Okružnog suda u Doboju, br. Gž-92/02. od 18. 2. 2002. godine.

⁸³ Nalaz i mišljenje vještaka neuropsihijatra bez obavljenog pregleda i razgovora sa licem za koga je pokrenut postupak oduzimanja poslovne sposobnosti o potrebi upućivanja na kliniku radi ispitivanja i liječenja ne može se prihvatiti. Takav nalaz prvostepeni sud nije mogao prihvatiti iz kojih razloga je preuranjen zaključak prvostepenog suda o potrebi smještanja imenovane na kliniku, bez argmentovanog nalaza i mišljenja vještaka neuropsihijatra koji prije davanja takvog mišljenja mora pregledati lice o kome se vodi postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti. Iz tih razloga rješenje koje je donio prvostepeni sud donešeno je na osnovu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i pogrešne primjene materijalnog stanja na štetu lica prema kome se vodi postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti. Iz rješenja Okružnog suda u Doboju br. Gž-92/02, od 18. 2. 2002. godine.

takve osobe može ugroziti njegove i interese osoba u njegovoj blizini.⁸⁴

Prema stajalištu strane sudske prakse sama činjenica pokrenutog postupka lišenja poslovne sposobnosti ne nalaže sudu i obvezu provedbe dokaza vještačenjem, ako psihofizičko stanje zdravlja predloženice ničim nije dovedeno u sumnju. Naime, psihofizičko stanje osobe temelj je raspravljanja u ovoj vrsti postupka. Zato je u postupku bilo potrebno utvrditi da li se na strani predloženice radi o osobi koja se nije u mogućnosti sama brinuti o svojim pravima i interesima. Međutim, da bi sud mogao usmjeriti svoje raspravljanje na utvrđivanje gornjih okolnosti potrebno je da onaj koji predlaže provođenje ovakvog postupka navede uzroke zbog kojih smatra da određena osoba nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima. Ti uzroci mogu ležati u postojanju neke duševne bolesti, duševne zaostalosti kao i eventualno u činjenici prekomjernog uživanja alkohola, opojnih droga ili zbog senilnosti.⁸⁵ Vještačenje se, u pravilu, obavlja u prisustvu suca, osim kada se obavlja u zdravstvenoj ustanovi (ZIZVP, čl. 36. st. 2.). Prema stajalištu starije sudske prakse osoba protiv koje se vodi postupak za lišavanje poslovne sposobnosti mora biti pregledano od najmanje dva liječnika specijalista koji će dati nalaz i mišljenje o duševnom stanju i sposobnosti te osobe za rasuđivanje.⁸⁶

X/ SMJEŠTAJ U ZDRAVSTVENU USTANOVU

Odredbama čl. 37. ZIZVP-a uređeni su uvjeti i postupak (privremenog) smještaja u zdravstvenu ustanovu osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost, kada se ocijeni da je to nužno. Naime, odredbom st. 1. čl. 37. ZIZVP-a propisano je da, ukoliko je za utvrđivanje duševnog stanja i sposobnosti za rasuđivanje osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost po mišljenju vještaka medicinske struke nužno da se ta osoba smjesti u zdravstvenu ustanovu, sud može donijeti rješenje kojim će odrediti da ova osoba privremeno, ali najduže tri mjeseca bude smještena u takvoj ustanovi. ZIZVP je odredio maksimalan rok smještaja osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost u zdravstvenoj ustanovi radi promatranja i utvrđivanja njnog duševnog stanja, pošto se smatra da bi za to vrijeme bez obzira na duševno stanje zdravlja vještaci mogli dati nalaz i mišljenje o njegovom zdravstvenom stanju, odnosno sposobnosti za rasuđivanje. To je i u interesu osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost jer se otklanja mogućnost nepotrebnog zadržavanja te osobe u zdravstvenoj ustanovi.⁸⁷ U okviru članka 6. Konvencije kojim se jamči pravo na sudski postupak u pitanjima građanske naravi, na sadašnjem stupnju razvoja strasburške judikature, posebno je važno tumačenje prema kojemu prisilna hospitalizacije ne smije rezultirati s automatskim gubitkom poslovne sposobnosti, već organi vlasti moraju u svakom individualnom slučaju, pred nezavisnim i nepristranim sudskim tijelom, dokazati da je osoba nesposobna za samostalno upravljanje i raspolaganje svojom imovinom, odnosno da je nesposobna da samostalno štiti svoje interese.

⁸⁴ Šire o tome vidi kod ČIRIĆ, Z. *Sudsko-psihijatrijsko veštačenje u postupku lišenja poslovne sposobnosti – teorijski aspekt i praktična iskustva*, "Zbornik radova "Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije", Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2003., str. 122. – 123.

⁸⁵ Županijski sud u Rijeci, broj Gž-678/98 od 9. 9. 1998. godine - Izbor odluka VSRH, br. 1/1999, odl. 68.

⁸⁶ Okružni sud u Beogradu, broj: Gž-2839/91., ČOSIĆ, str. 212, odl. 2091.

⁸⁷ RISTIĆ, o.c., str. 88.

Princip uvažavanja funkcionalne sposobnosti nasuprot ranijem principu generalne nesposobnosti iznimno je važan, jer ne dopušta razlikovanje (diskriminaciju) temeljem pripadnosti određenoj grupi, odnosno kategoriji osoba.⁸⁸

Ako se zdravstvena ustanova, u koju je na temelju mišljenja vještaka sudskim rješenjem privremeno smještena osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost, nalazi izvan područja suda koji provodi postupak, taj sud će potrebne radnje izvesti putem nadležnog suda (ZIZVP, čl. 37. st. 2.), što će se provesti putem zamolnice.⁸⁹ Teritorijalna nadležnost sudova utvrđena je zakonima o sudovima. Sud poduzima procesne radnje na području za koje je nadležan i koje je određeno zakonom o sudovima. Izvan tog područja sud nije ovlašten poduzimati procesne radnje. Ograničenje sudova da procesne radnje mogu poduzimati samo na svome području, nužna je posljedica razgraničenja mjesne nadležnosti. Ako bi sud ipak trebao poduzeti neku procesnu radnju izvan tog područja, on će to učiniti zamolnicom općinskom sudu na čijem bi području trebalo poduzeti parničnu radnju (v. FZPP, čl. 414.-418.). Samo iznimno, ako postoji opasnost od odgode, odnosno kad bi poduzimanje procesne radnje preko zamoljenog suda tako dugo trajalo da postoji opasnost da se dokazi izgube (primjerice, zbog saslušanja teško bolesnih osoba kojima prijete opasnost da će umrijeti, ili da treba obaviti očevid u slučaju kada će tragovi nestati i sl.), sud će poduzeti izvršenje pojedinih radnji i na području drugog suda, ali o tome mora obavijestiti sud na čijem se području treba poduzeti radnja (arg. FZPP, čl. 24.).

Radi smještaja u navedenu zdravstvenu ustanovu sud je dužan donijeti posebno rješenje. Protiv rješenja rješenje kojim se određuje da osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost privremeno, ali najduže tri mjeseca bude smještena u zdravstvenoj ustanovi, dozvoljena je žalba (ZIZVP, čl. 37. st. 3.). Sud može odrediti da žalba ne zadržava izvršenje rješenja, pri čemu sud mora biti veoma obazriv jer se ovakvim rješenjem vrši izolacija osobe prema kojoj se vodi postupak, a što može prouzročiti negativne posljedice za tu osobu. Stoga bi, u pravilu, sud trebao u slučaju izjavljivanja žalbe protiv takvog rješenja primijeniti pravilo o suspenzivnom učinku žalbe.⁹⁰

XI/ RJEŠENJE SUDA

Odredbama čl. 38. ZIZVP-a utvrđuje se kakve odluke izvanparnični sud može donijeti ako u postupku utvrdi da postoje uvjeti za oduzimanje poslovne sposobnosti.⁹¹ Sud nije vezan prijedlogom ovlaštene osobe za pokretanje postupka treba li osobu protiv koje se vodi postupak proglasiti potpuno ili ograničeno poslovno nesposobno. U oba slučaja provodi se jedinstveni postupak. Tek kada izvede sve potrebne dokaze i zaključi raspravu sud donosi odluku (rješenje) hoće li osobi prema kojoj se vodi postupak potpuno ili djelomično oduzeti poslovnu sposobnost, ili će, pak, prijedlog kao neosnovan odbiti. Ako je postupak pokrenuo i vodio po službenoj dužnosti, a osnovu rezultata provedenog postupka utvrdi se da nema razloga za oduzimanje

⁸⁸ Usp. BABIĆ-BOSANAC, S., *Zaštita prava na slobodu prisilno hospitaliziranih duševno oboljelih osoba pod okriljem članka 5. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda*, „Pravni vjesnik“, 2009., broj 1, str. 58.

⁸⁹ Vidi ZEČEVIĆ, E., *Porodični odnosi*, Sarajevo, 2005., str. 95.

⁹⁰ ZEČEVIĆ, o. c., str. 43.

⁹¹ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 109. – 111.

poslovne sposobnosti, sud bi trebao donijeti rješenje o obustavljanju postupka postupak.⁹² Ako sud utvrdi da osoba prema kojoj se vodi postupak nije sposobna za rasuđivanje i nije u stanju da se sama brine o svojim pravima i interesima, donijet će rješenje o potpunom oduzimanju poslovne sposobnosti. U slučaju da utvrdi da takva osoba zbog bolesti ili drugih razloga nije izgubila u potpunosti sposobnost rasuđivanja i samo djelomično je nesposobna da se sama brine o svojim pravima i interesima, sud bi trebao donijeti rješenje o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti.⁹³

Rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti je konstitutivnog karaktera i svoj učinak proizvodi kad postane pravomoćno. Sud može, međutim, odrediti da pravne posljedice rješenja nastanu prije pravomoćnosti ako je to potrebno zbog zaštite osoba o kojima sud vodi naročitu brigu.⁹⁴ Rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti treba biti obrazloženo, odnosno sadržavati razloge zbog kojih je donesena odluka iz dispozitiva rješenja. Rješenje o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti dostavlja se osobi koja je podnijela prijedlog za pokretanje postupka, osobi kojoj se oduzima poslovna sposobnost, njenom staratelju i organu starateljstva, a ne mora se dostaviti osobi kojoj se oduzima poslovna sposobnost ako ona ne može da shvati značenje i pravne posljedice odluke ili ako bi to bilo štetno za njeno zdravlje. O pravomoćnosti rješenja o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti sud je dužan po službenoj dužnosti obavijestiti organ starateljstva (arg. ObZ, čl. 335.). Nezavisno od vremena nastupanja mentalne zaostalosti, sudska odluka o oduzimanju poslovne sposobnosti nema retroaktivni učinak, već ima pravni učinak od dana dostavljanja odluke.⁹⁵ Gubitak poslovne sposobnosti predstavlja za osobu gubitak građanskih i političkih prava te treba broj takvih postupaka treba pokušati smanjiti.^{96 97}

⁹² STANKOVIĆ, o. c., str. 155.

⁹³ Osobe kojima je u potpunosti oduzeta poslovna sposobnost su izjednačene sa djecom do 14 godina i njihove pravne radnje su bez ikakva pravnog učinka. Osobe kojima je djelomično oduzeta poslovna sposobnost su izjednačena sa maloljetnim osobama između 14 i 18 godina života. Organ starateljstva u postupku stavljanja takve osobe pod starateljstvo nakon donošenje rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti, određuje koje poslove može ovakva osoba poduzimati bez odobrenja organa starateljstva. To bi mogao odrediti i sud u svom rješenju o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti. (ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*, Sarajevo, 2001., str. 44.)

⁹⁴ Tako TRIVA, S. – DIKA, M., *Izvanparnično procesno pravo*, Zagreb, 1988., str. 41.

⁹⁵ Rješenje Višeg suda u Subotici, Gž. 825/87. od 23. 10. 1987.

⁹⁶ Reforma normi o oduzimanju poslovne sposobnosti punoljetnih osoba kao i o sadržaju instituta skrbnštva trebale bi pridonijeti zaštiti temeljnih prava i poštivanja njihova subjektiviteta i omogućiti ostvarivanje njihova najboljeg interesa u različitim obiteljskopравnim i društvenim odnosima. Vidi kod GALIĆ, Ž., *Skrbnička zaštita osoba lišenih poslovne sposobnosti – obiteljskopравni i društveni aspekt*, "Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", br. 14., Mostar, 2016., str. 440. – 447.

⁹⁷ Prema stajalištu sudske prakse: „Kad kod hroničnog duševnog bolesnika utvrdi postojanje paranoidnog poremećaja ličnosti, koje se odlikuje ugrožavanjem svojih prava i interesa ili prava i interesa drugih lica, sa mogućnosti poboljšanja, sud će tom lcu djelomično oduzeti poslovnu sposobnost (čl. 30., 35. te 38. i 39. ZVPFBiH u vezi sa čl. 326., 330. st. 4. i čl. 335. Porodičnog zakona FBiH). Iz obrazloženja: Predlagač Centar za socijani rad Mostar putem svoga punomoćenika A. A. podnio je ovom sud prijedlog za oduzimanjem poslovne sposobnosti X.X. iz Mostara. U prijedlogu je istaknuto da je X.X. hronični duševni bolesnik, koji po mišljenju neuropsihijatra nije u mogućnosti živjeti sam bez podrške porodice. Ističu da je obavljen razgovor sa njegovim roditeljima koji sada žive u Švicarskoj, komšijama, tetkom B., odjelom neuropsihijatrije, te sa samim predloženikom. Shodno odredbama člana 195.

XII/ ODLAGANJE DONOŠENJA RJEŠENJA

Odredbama čl. 39. ZIZVP-a uređeni su uvjeti i načini odlaganja donošenja rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti. U tom smislu, odredbom st. 1. čl. 39. ZIZVP-a, propisano je da sud može odložiti donošenje rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, ako se osnovano može očekivati da će se osoba prema kojoj se postupak vodi uzdržati od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava. Odlaganje donošenja rješenja o ograničenju poslovne sposobnosti provodi se posebnom formalnom odlukom kojom se ta osoba opominje na posljedice ne postupanja po rješenju, odnosno u rješenju o odlaganju donošenja meritornog rješenja upozorit će se osoba prema kojoj se vodi postupak da će se to rješenje opozvati ako ova osoba napusti zdravstvenu ustanovu ili izbjegava liječenje.⁹⁸ To je svojevrsno uvjetno rješenje za ograničenje poslovne sposobnosti.⁹⁹ Prema stajalištu strane sudske prakse kada sud donese rješenje o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti, tada je u izreci dužan navesti vrstu poslova koje ta osoba može poduzimati samostalno, a shodno članu 40. Zakona o vanparničnom postupku. Sud je u obrazloženju bio dužan navesti razloge je li ta osoba kojoj je oduzeta poslova sposobnost djelomično moglo izdati punomoćje odvjetniku koji je izjavio žalbu.¹⁰⁰

st.1. i 3. a vezi sa čl. 5. Porodičnog zakona na zahtjev suda Centar za socijalni rad je postavio privremeneog staratelja X.X u osobi C.C., iz Mostara, socijanom radniku centra. U dokaznom postupku, izvršen je uvid u matičnu knjigu rođenih Matični ured Mostar za X.X. od 01.04.2008. godine za grad Mostar, rješenje Centra za socijalni rad Mostar o postavljenju privremenog staratelja od 26.10.2006. godine, uvid u podnesak od 16.01.2007. godine potpisan od strane roditelja Y.Y. i Z.Z., Mišljenje Centra za socijalni rad Mostar od 26.02.2007. godine nalaz i mišljenje specijaliste dr. K. M. od 28.11.2007. godine bolnica Dr. S. Mujčić Mostar, obavijest o prisilnom zadržavanju u medicinskom centru Dr. S. Mujčić služba za nervne i duševne bolesti od 24.11.2007. godine nalaz i mišljenje neuropsihijatrijsko vještačenje dr. F. P. od 08.01.2008. godine. Provođenjem navedenih dokaza, a posebno nalaza i mišljenja stalnog sudskog vještaka medicinske struke neuropsihijatrijsko vještačenje dr. F. P., utvrđeno je da X.X. pripada kategoriji paranoidnih poremećaja ličnosti, karakterističan po osjetljivosti na zapostavljanje, po nezaboravljanju uvreda, sumnjičavosti i sklonosti izokretanju doživljaja, pogrešnom tumačenju neutralnih ili prijateljskih postupaka drugih te ih može smatrati neprijateljskim ili punim prezira. U ovom poremećaju ličnosti susrećemo sumnjičavost prema seksualnoj vjernosti partnera te borbeno i nepopustljivo shvatanje svojih ličnih prava. Dalje se ističe da se radi o nesamostalnoj i nesigurnoj osobi, ali da su intelektualne funkcije očuvane te se predlaže oduzimanje poslovne sposobnosti djelomično i sa ograničenjem roka sa obaveznošću nastavka terapije koja se trenutno već provodi. S obzirom na izražen hendikep predloženika u smislu poremećaja ličnosti, a koje se odlikuje ugrožavanja svojih prava i interesa ili prava i interesa drugih lica, sa mogućnosti poboljšanja sud je temeljem čl. 30., 35. te 38. i 39. Zakona o vanparničnom postupku a u vezi sa čl. 326., 330. st. 4. i čl. 335. Porodičnog zakona ("Sl. novine F BiH", br: 35/05 od 20.06.2005. godine) odlučio kao u izreci rješenja" (Općinski sud Mostar, broj: 07 58 V 018613 06 V od 21. 4. 2008. godine); „Neosnovani su navodi žalbe da je u interesu protivnika predlagača da lišavanje njegove poslovne sposobnosti ima dejstvo od vremena kada je nastalo stanje koje je osnov za donošenje odluke. Nezavisno od vremena kada je nastupila mentalna zaostalost protivnika predlagača, prema pravnim pravilima koja izviru iz paragrafa 198. predratnog Zakona o vanparničnom postupku, a koja se primenjuju na području SAPV na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine ("Službeni list FRJ", br. 86/46) odluka sa kojom se poslovna sposobnost oduzima ili vraća, ili potpuno lišenje poslovne sposobnosti, ima pravno dejstvo od onog dana kada je dostavljena odluka, s tim da sud može u odluci odložiti njeno dejstvo do onog dana kada odluka postane pravosnažna" (Rešenje Višeg suda u Subotici, Gž. 825/87 od 23. DŽ 1987.).

⁹⁸ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 112. – 113.

⁹⁹ RISTIĆ, o. c., str. 91.

¹⁰⁰ Opštinski sud u Gornjem Milanovcu, broj: R-337/07 od 7.11.2007. i Okružni sud u Čačku, broj: Gž-2064/07 od 20.12.2007. godine - Sudska praksa, br. 2-3/2008, str. 47, odl. 101.

Sud je dužan odložiti donošenja rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava ako se ta osoba samoinicijativno ili na prijedlog suda podvrgne liječenju u zdravstvenoj ustanovi (ZIZVP, čl. 39. st. 2.). Potrebno je da mišljenje o izgledima za izlječenje u navedenom periodu sud pribavi od nadležnog liječnika (vještaka medicinske struke) i da postoje, s obzirom na raniji život i ponašanje te osobe, realni izgledi da će se svrha ovog odlaganja postići. U rješenju o odlaganju treba navesti upozorenje o posljedicama ako osoba prema kojoj se vodi postupak bude nastavila zloupotrebjavati alkohol ili drugo opojno sredstvo u vrijeme odlaganja.¹⁰¹

O odlaganju donošenja rješenja o ograničenju poslovne sposobnosti sud odlučuje rješenjem. Donošenje rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava odlaže se na vrijeme od šest do dvanaest mjeseci (ZIZVP, čl. 39. st. 3.).

Ako se osoba prema kojoj se vodi postupak podvrgne liječenju, odnosno ako se uzdrži od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, prijedlog za djelomično oduzimanje poslovne sposobnosti sud bi trebao odbiti (ako je postupak pokrenut prijedlogom), odnosno obustaviti izvanparnični postupak (ako je pokrenut po službenoj dužnosti). Međutim, sud bi trebao opozvati rješenje o odlaganju provođenja rješenja o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava ako osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost nastavi sa zloupotrebom alkohola ili drugih opojnih sredstava u vrijeme odlaganja donošenja rješenja (ZIZVP, čl. 39. st. 4.). Ako sud opozove navedeno rješenje, trebao bi donijeti novo rješenje kojim će utvrditi da osoba nije ispunila uvjete odlaganja i ta se osoba oglašava djelomično poslovno sposobnom. Do donošenja konačnog rešenja o ograničenju poslovne sposobnosti za navedeni period sud zastaje s postupkom, ako prije toga ne opozove rešenje o odlaganju.¹⁰² Pisano izrađeno rješenje o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti dostavlja se predlagatelju, osobi prema kojoj je vođen postupak, njezinom privremenom staratelju i organu starateljstva. Tim osobama se dostavlja i rješenje kojim je odbijen prijedlog za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti i kada se obustavlja izvanparnični postupak. Zakonodavac nije izrijeком predvidio tko je dužan paziti uzdržava li se osoba protiv koje se vodi postupak od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava i podvrgava li se liječenju u zdravstvenoj ustanovi tijekom perioda za koje je odloženo donošenje rješenja. Za pretpostaviti je da bi obavijest o tome sudu trebali dati predlagatelj, organ starateljstva, zdravstvena ustanova u kojoj se osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost podvrgla ili trebala podvrgnuti liječenju i dr., a i sam sud bi mogao pribavljati obavijest o tome, posebno ako je ta osoba na prijedlog suda (trebala biti) podvrgnuta liječenju u zdravstvenoj ustanovi.

Tumačenjem odredbe st. 4. čl. 39. ZIZVP-a, prema kojoj će se rješenje o odlaganju opozvati ako osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost nastavi sa zloupotrebom alkohola ili drugih opojnih sredstava u vrijeme odlaganja donošenja rješenja, može se zaključiti da sud ne bi trebao opozvati navedeno rješenje samo zbog toga što se osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost nije podvrgnula, odnosno što je odustala od liječenja u zdravstvenoj ustanovi. U takvoj situaciji sud bi, temeljem odredbe st. 1., ipak mogao odložiti donošenje rješenja o djelomičnom

¹⁰¹ ZEČEVIĆ, *o. c.*, str. 45.

¹⁰² RISTIĆ, str. 91.

oduzimanju poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava, ako utvrdi da se ta osoba, unatoč tome što se nije podvrgnula liječenju u zdravstvenoj ustanovi, uistinu suzdržava od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava.

XIII/ RJEŠENJE O VRAĆANJU POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Odredbom čl. 40. ZIZVP-a predviđaju se uvjeti i način vraćanja poslovne sposobnosti osobi kojoj je ona oduzeta. U tom smislu ZIZVP određuje da u slučaju kad prestanu razlozi zbog kojih je oduzeta poslovna sposobnost, sud je dužan po službenoj dužnosti ili na prijedlog ovlaštenih osoba (organa starateljstva, tužitelja, bračnog druga, djeteta i roditelja osobe kojoj se predlaže vraćanje poslovne sposobnosti, djeda, babe, brata, sestre, unuka i drugih osoba, ukoliko trajno žive u istom obiteljskom domaćinstvu sa osobom za koju se predlaže vraćanje poslovne sposobnosti, osobe kojoj se vraća poslovna sposobnost ukoliko ona može shvatiti značaj i pravne posljedice svoga prijedloga, te drugih osoba ukoliko je to predviđeno zakonom), provesti postupak i ovisno od njegovih rezultata donijeti rješenje kojim se protivniku predlagatelja potpuno ili djelomično vraća poslovna sposobnost.¹⁰³

Prijedlog za pokretanje postupka vraćanja poslovne sposobnosti treba sadržavati činjenice koje ukazuju da su prestali razlozi zbog kojih je oduzeta poslovna sposobnost i dokaze radi utvrđivanja tih činjenica. U postupku se shodno primjenjuju odredbe o oduzimanju poslovne sposobnosti. U izreci rješenja kojim se vraća poslovna sposobnost treba navesti da prestaje važnost ranijeg rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti sa poslovnom oznakom tog rješenja. Rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti treba biti obrazloženo i protiv njega se može izjaviti žalba. Pravomoćno rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti sud je dužan dostaviti nadležnom organu starateljstva (arg. ZIZVP, čl. 5. st. 2.), koji toj osobi određuje staratelja. Staratelj je dužan posebnom pažnjom i odgovornošću starati o štíćeniku vodeći računa o uvjetima njegovog smještaja, zdravlju i uzrocima zbog kojih je lišen poslovne sposobnosti. Posebno treba nastojati da se ti uzroci otklone i da se štíćenik po mogućnosti osposobi za samostalan život. On je dužan redovno dostavljati izvještaj organu starateljstva o ovim okolnostima i ukoliko smatra da su se kod štíćenika stekli uvjeti za vraćanje njegove poslovne sposobnosti, mora bez odlaganja obavijesti organ starateljstva. Organ starateljstva po službenoj dužnosti pokreće postupak kod nadležnog suda za vraćanje poslovne sposobnosti štíćenika, odnosno izmjenu ranije odluke, kad utvrdi da su za to ispunjeni uvjeti. Ako sud na bilo koji način dođe do saznanja da je osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost ozdravila, odnosno da je stekla sposobnost za normalno rasuđivanje tako da može sama brinuti o svojim pravima i interesima, dužan je po službenoj dužnosti pokrenuti postupak za vraćanje poslovne sposobnosti, pa ako utvrdi da su ispunjeni potrebni uvjeti, treba donijeti rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti. Ovako će sud postupiti bez obzira radi li se o osobi kojoj je potpuno ili djelomično oduzeta poslovna sposobnost.¹⁰⁴ U postupku vraćanja poslovne sposobnosti sud može utvrditi da se nisu stekli uvjeti za vraćanje poslovne sposobnosti. Tako, ako sud utvrdi s velikom

¹⁰³ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 113. – 115.

¹⁰⁴ TODORVIĆ, o. c., str. 451.

vjerojatnošću da se ne može očekivati izlječenje ili znatno poboljšanje psihičkog stanja ili prestanak drugih okolnosti zbog kojih je osobi oduzeta poslovna sposobnost, može odbiti prijedlog za potpuno ili djelomično vraćanje poslovne sposobnosti i odrediti rok, koji ne može biti duži od godinu dana, prije čijeg isteka se ne može ponovno tražiti vraćanje poslovne sposobnosti. Prijedlog za vraćanje poslovne sposobnosti koji bi bio podnesen prije isteka roka koji sud tako odredi, sud bi morao odbaciti (ObZ, čl. 336. st. 2. i 3.). Moguće je da sud utvrdi da se nisu stekli uvjeti za vraćanje potpune poslovne sposobnosti, kako je zahtijevano u prijedlogu. Polazeći od pravnog načela da je u većem zahtjevu sadržan manji zahtjev, bilo bi moguće da sud odbije zahtjev za potpuno vraćanje poslovne sposobnosti, a da se poslovna sposobnost istim rješenjem ograniči. Drugim riječima, sud je ovlašten da donese rješenje kojim se djelomično usvaja zahtjev iz prijedloga i utvrditi da je osoba prema kojoj se vodi postupak djelomično poslovno nesposobna, umjesto ranije utvrđene potpune poslovne nesposobnosti. Ako sud utvrdi da nema razloga, odnosno da se nisu stekli uvjeti za vraćanje poslovne sposobnosti niti za izmjenu ranijeg rešenja, prijedlog treba odbiti. Rješenje o odbijanju prijedloga mora biti obrazloženo i protiv istog se može izjaviti žalba.

Prema stajalištu sudske prakse sud ne može donijeti rješenje o vraćanju poslovne sposobnosti kad utvrdi da nisu prestali razloga zbog kojih je predlagatelju oduzeta poslovna sposobnost.¹⁰⁵

XIV/ SHODNA PRIMJENA ODREDBA

Odredbom čl. 41. ZIZVP-a u postupku vraćanja poslovne propisana je shodna primjena odredaba ZIZVP-a o oduzimanju poslovne sposobnosti.¹⁰⁶

Time je izbjegnuto ponavljanje brojnih odredaba ovog poglavlja o oduzimanju poslovne sposobnosti. Tako, primjerice, i za ovaj postupak, pored zajedničkih općih odredbi ZIZVP-a, važe i odredbe kojima se uređuje postupak oduzimanja poslovne sposobnost, a koje se odnose na hitnosti postupka, isključenje javnosti, obvezno

¹⁰⁵ Iz obrazloženja: Prema podacima spisa proizilazi da je u vrijeme kada je oduzeta poslovna sposobnost protivniku, konstatovano da je imenovani od rođenja duševno zaostao i poremećena ličnost, da se radi o primarno mentalno zaostaljoj osobi, primitivnoj i psihopatskoj ličnosti bez mogućnosti promjene, nesposoban za bilo kakav posao zbog čega mu je i oduzeta poslovna sposobnost. To što Centar navodi da je on sam sposoban da se brine o sebi i obezbijedi materijalnu egzistenciju, ali ne navodeći kako je to protivnik radio do sada, i ne nudeći nikave dokaze na te okolnosti, dok protivnik ukazuje na činjenicu života u ratnim okolnostima, poslove koje je bio prinuđen da radi, pogoršanje zdravlja jer je stariji, tvrdi da se hrani iz kontejnera, pa kod činjenice da Centar prezentuje da ima četvero djece i da se vanbračno saživio sa drugom ženom, bez dokaza šta iza toga stoji, jer ovo što je Centar u socijalnoj anamnezi naveo nisu ti razlozi. Nalaz doktora Grubača se ne razlikuje od nalaza ljekara koji su cijenjeni u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti 1986. godine u pogledu dijagnosticiranja o kakvoj se ličnosti radi, pa kao iz provedenih dokaza proizilazi da nije došlo do prestanka tih razloga zbog kojih je oduzeta poslovna sposobnost, žalbu protivnika je valjalo kao osnovanu uvažiti, te primjenom odredbi čl. 235. st. 1. i 3. i čl. 236. i 229. stav 1. i 2. Zakona o parničnom postupku RS (Službeni glasnik RS, broj 58/03,85/03 i 74/05) preinačiti prvostepeno rješenje "Iz obrazloženja Rješenja Okružnog suda u Bijeljini, broj Gž-796/03 od 13. 4. 2006. godine.

¹⁰⁶ „Postupak radi lišenja poslovne sposobnosti ima se obustaviti ako u toku postupka umre lice protiv koga je ovaj postupak pokrenut. Naslednici ovog lica nisu ovlašćeni da nastave taj postupak“ (Okružni sud u Novom Sadu, broj: Gž-1451/69 od 3. 10. 1969. godine - Bilten VS Srbije, br. 17/1970, str. 30.). Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 115. – 116.

saslušanje osobe o čijem se statusu radi, izvođenju dokaza saslušanjem svjedoka, obveznom medicinskom vještačenju, ulozi organa starateljstva, žalbenom postupku, subjektima ovlaštenim za pokretanje postupka, roku u kome se taj postupak treba okončati, mjesnoj nadležnosti suda, obveznosti održavanja ročišta i pozivanja određenih sudionika postupka na ročište, sadržaju prijedloga i drugim procesno-pravnim pitanjima.¹⁰⁷

XV/ ŽALBA PROTIV RJEŠENJA

Odredbama čl. 42. ZIZVP-a reguliran je institut žalbe protiv rješenja o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti. Tako žalbu protiv rješenja o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti mogu izjaviti osobe koje su sudjelovale u postupku i to u roku od tri dana od dana prijema rješenja (ZIZVP, čl. 42. st. 1.). Odredbom čl. 7. ZIZVP-a dato je ovlaštenje sudu da može dozvoliti sudioniku koji nema poslovne sposobnosti, da pored radnji na koje je zakonom ovlašten, poduzima i druge radnje u postupku radi ostvarenja svojih prava i pravnih interesa, ako sud smatra da je u stanju da shvati značenje i pravne posljedice tih radnji. Upravo odredba st. 2. čl. 42. ZIZVP-a daje ovlaštenje osobi kojoj se oduzima poslovna sposobnost da može izjaviti žalbu bez obzira na svoje zdravstveno stanje i bez posebnog dopuštenja suda.¹⁰⁸ U pravilu žalba protiv rješenja u izvanparničnom postupku ima suspenzivni učinak i zadržava izvršenje rješenja, ako zakonom nije drukčije određeno (arg. ZIZVP, čl. 19. st. 1.). Upravo je odredbom st. 3. čl. 42. ZIZVP-a određeno da žalba ne zadržava izvršenje rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti, osim ako sud, iz opravdanih razloga, ne odluči drugačije. Sud bi mogao odlučiti da žalba zadržava izvršenje rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti ako, primjerice, postoje posebni razlozi da se ta osoba izolira iz sredine u kojoj živi i smjesti u zdravstvenu ustanovu, kada je njegovo duševno stanje zdravlja vrlo teško i sl., a u protivnom bi žalbi trebalo dati odgovorni učinak uz puno poštovanje odredaba ovog članka o što efikasnijem okončanju ovog dijela postupka.¹⁰⁹

¹⁰⁷ „Staralac osobe oslobođene poslovne sposobnosti koji nije podnio prijedlog za vraćanje poslovne sposobnosti, nema prvo na podnošenje žalbe protiv rješenja kojim je njegovom štićeniku vraćena poslovna sposobnost u postupku u kome ga je zastupao staralac za poseban slučaj“ (Vrhovni sud Srbije, Rec. 1734/93.). Prema podacima spisa proizilazi da je u vrijeme kada je oduzeta poslovna sposobnost protivniku, konstatovano da je imenovani od rođenja duševno zaostao i poremećena ličnost, da se radi o primarno mentalno zaostaljoj osobi, primitivnoj i psihopatskoj ličnosti bez mogućnosti promjene, nesposoban za bilo kakav posao zbog čega mu je i oduzeta poslovna sposobnost. To što Centar navodi da je on sam sposoban da se brine o sebi i obezbijedi materijalnu egzistenciju, ali ne navodeći kako je to protivnik radio do sada, i ne nudeći nikakve dokaze na te okolnosti, dok protivnik ukazuje na činjenicu života u ratnim okolnostima, poslove koje je bio prinuđen da radi, pogoršanje zdravlja jer je stariji, tvrdi da se hrani iz kontejnera, pa kod činjenice da Centar prezentuje da ima četvero djece i da se vanbračno saživio sa drugom ženom, bez dokaza šta iza toga stoji, jer ovo što je Centar u socijalnoj anamnezi naveo nisu ti razlozi. Nalaz doktora Grubača se ne razlikuje od nalaza ljekara koji se cijeni u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti 1986. godine u pogledu dijagnosticiranja o kakvoj se ličnosti radi, pa kao iz provedenih dokaza proizilazi da nije došlo do prestanka tih razloga zbog kojih je oduzeta poslovna sposobnost, žalbu protivnika je valjalo kao osnovanu uvažiti, te primjenom odredbi čl. 235, st. 1. i 3, i čl. 236 i 229 stav 1 i 2 Zakona o parničnom postupku RS (Službeni glasnik RS broj 58/03,85/03 i 74/05) preinačiti prvostepeno rješenje“ (Iz Rješenja Okružnog suda u Bijeljini broj Gž.796/03. od 13. 04. 2006. godine).

¹⁰⁸ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 116. – 120.

¹⁰⁹ RISTIĆ, o. c. str. 89.

Odredbom st. 4. čl. 42. ZIZVP-a propisano je da prvostupanjski sud mora žalbu sa spisima bez odlaganja dostaviti drugostupanjskom sudu, koji je opet dužan donijeti odluku u roku od tri dana od dana prijema žalbe. Međutim, prema odredbi st. 4. čl. 337. ObZ-a, propisano je da je drugostepeni sud dužan donijeti odluku u roku od 15 dana od dana prijema žalbe (ObZ, čl. 337.). Iako je ObZ u odnosu na ZIZVP *lex specialis* i *lex posterior*, držimo da bi zbog intencije oba članka na hitnosti i prirode odnosa koje uređuju, ipak trebalo primjenjivati odredbu ZIZVP-a prema kojoj je drugostupanjski sud dužan donijeti odluku u roku od 3 dana od dana prijema žalbe. Protiv pravomoćnog rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti donesenog u drugom stupnju, revizija nije dopuštena (arg. ZIZVP, čl. 26.). U tom smislu postoji i sljedeća sudska praksa prema kojoj revizija protiv rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti nije dozvoljena. Protiv rješenja kojim se odlučuje o oduzimanju poslovne sposobnosti dozvoljena je samo žalba (čl. 42. ZIZVP), kao što je to slučaj i u ostalim pravnim stvarima koje se po zakonu rješavaju u vanparničnom postupku. Izuzetak je predviđen samo za odlučivanje u stambenim stvarima i o naknadi za eksproprirane nepokretnosti (čl. 26. ZIZVP), kako to pravilno konstatirajui nižestepeni sudovi.¹¹⁰

XVI/ DOSTAVA RJEŠENJA MATIČNOM UREDU I ZEMLJIŠNOKNJIŽNOM ORGANU I UTJECAJ NA IMOVINSKOPRAVNE ODNOSE

Odredbom čl. 43. ZIZVP-a nalaže se sudu da pravomoćno rješenje o oduzimanju, odnosno vraćanju poslovne sposobnosti dostavi organima ovlaštenima za vođenje matičnih i zemljišnih knjiga. Točnije, pravomoćno rješenje o oduzimanju odnosno vraćanju poslovne sposobnosti sud je dužan dostaviti općinskoj službi nadležnoj za poslove vođenja matičnih knjiga radi upisa u matičnu knjigu rođenih i organu nadležnom za vođenje zemljišnoknjižne evidencije radi zabilježbe pokretanja ovakvih postupaka.¹¹¹ Time se štite ne samo prava i interesi ovih, nego i drugih zainteresiranih osoba, a posebno se ostvaruje i jamči sigurnost pravnog prometa u slučajevima kada su te osobe vlasnici nekretnina. Nadležnom zemljišnoknjižnom uredu dostavit će se rješenje ako je osoba kojoj je oduzeta, odnosno vraćena poslovna sposobnost upisana kao vlasnik (suvlasnik), zajednički vlasnik ili nositelj prava korištenja na određenim nekretninama.¹¹² Iako ovom odredbom nije izrijekom predviđeno da se pravomoćno rješenje o oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti treba dostaviti organu starateljstva, sud je dužan to uraditi jer to proizlazi iz opće odredbe čl. 5. st. 2. ZIZVP-a, pa i kada organ starateljstva nije sudjelovao u postupku. Na to upućuje i odredba čl. 192. ObZ-a prema kojoj je sud pravomoćnu odluku o oduzimanju, odnosno ograničenju, poslovne sposobnosti dužan bez odlaganja dostaviti mjerodavnom organu skrbništva, koji treba u roku od 30 dana od dana primitka odluke osobu kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost staviti pod skrbništvo. Utjecaj rješenja o oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti nalazimo i kod ostavinskog postupka. Prema odredbi čl. 103. st.1.

¹¹⁰ Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj Rev-269/02 od 29. 06. 2004. godine, Bilten broj I/2006.

¹¹¹ Vidi kod ČIZMIĆ – TAJIĆ-KOMENTAR, o. c., str. 120.

¹¹² ZEČEVIĆ, o. c., str. 48.

ZIZP-a popis i procjena imovine umrlog vrši se po odluci ostavinskog suda kad se ne zna za nasljednike ili za njihovo boravište, kada su nasljednici osobe koje uslijed maloljetnosti duševne bolesti ili drugih okolnosti nisu sposobne nikako, ili nisu sposobne potpuno da se same staraju o svojim poslovima, kada zaostavština treba da se preda općini ili drugoj pravnoj osobi, kao i u drugim opravdanim slučajevima. Prema odredbi čl. 103. st.2. ZIZP-a sud će narediti da se izvrši popis i procjena i u slučaju kad to zahtijevaju nasljednici, legatari ili povjerioci umrlog. Prema odredbi čl. 103. st.3. ZIZP-a popis i procjena imovine izvršit će se i bez odluke suda prilikom sastavljanja smrtovnice, ako to traži jedan od nasljednika ili legatara.¹¹³ Odredbama čl. 103. ZIZVP-a određen je krug osoba koje su ovlaštene dati inicijativu i odlučiti o provođenju popisa i procjene imovine umrlog. Popis i procjena imovine umrlog vrši se po odluci ostavinskog suda kad se ne zna za nasljednike ili za njihovo boravište, kada su nasljednici osobe koje uslijed maloljetnosti, duševne bolesti ili drugih okolnosti nisu sposobne nikako, ili nisu sposobne potpuno same se starati o svojim poslovima, kada se zaostavština treba predati općini ili drugoj pravnoj osobi, kao i u drugim opravdanim slučajevima (ZIZVP, čl. 103. st. 1.). Dakle, radi se o slučajevima kada iz raznih razloga osobe koje bi inače bile ovlaštene i sposobne zahtijevati obavljanje popisa i procjene imovine umrlog, to nisu u mogućnosti. Sud je dužan u takvoj situaciji po službenoj dužnosti poduzimati mjere radi zaštite njihovih prava i pravnih interesa u ostavinskom postupku (arg. ZIZVP, čl. 5. st. 1.)

Prema odredbi čl. 110. st. 1. ZIZVP-a ako se utvrdi da nijedan od prisutnih nasljednika nije sposoban da upravlja imovinom (zaostavštinom), a nema zakonskog zastupnika, ili ako su nasljednici nepoznati ili odsutni, ili kad druge okolnosti nalažu naročitu opreznost, nadležna općinska služba predat će u hitnim slučajevima imovinu ili njen dio na čuvanje pouzdanom licu, i o tome će odmah obavijestiti sud na čijem se području ta imovina nalazi, koja može ovu mjeru izmijeniti ili ukinuti. Prema odredbi čl. 110. St. 2. ZIZVP-a gotov novac, papire od vrijednosti, dragocjenosti, štedne knjižice i druge važne isprave treba u takvom slučaju predati na čuvanje sudu na čijem području se imovina nalazi. Ovaj sud će obavijestiti ostavinski sud o svim mjerama za osiguranje zaostavštine. Odredbom čl. 110. ZIZVP-a predviđene su mjere koje nadležna općinska služba može i treba poduzeti u svrhu zaštite ostavštine, kada to nisu u stanju uraditi nasljednici. Naime, u trenutku smrti ostavitelja zaostavština prelazi na nasljednike, pa oni time postaju titulari prava koja im kao nasljednicima pripadaju, od tog trenutka su dužni starati se i upravljati ostavštinom, te poduzimati mjere koje su potrebne za njezino očuvanje.

XVII/ JAVNOST I TROŠKOVI POSTUPKA

Treba napomenuti da se općim odredbama čl. 28. ZIZVP-a uređuje sam način snošenja troškova postupka u izvanparničnom postupku. Regulirano je odredbom čl. 44. ZIZVP-a da snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti na način da te troškove snosi predlagatelj. Odredbom ZIZVP-a nije regulirano snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti

¹¹³ Vidi i o nasljedničkim izjavama kod ŠAGO, D., STANIĆ, M., *Neke osobitosti ostavinskog postupka*, "Zbornik radova s II. Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća", Split, 2016., str. 235. – 236.

u slučaju kada je postupak pokrenut po službenoj dužnosti. Postoji mišljenje da u nedostatku takve odredbe propisa treba smatrati da je troškove dužna snositi osoba prema kojoj se vodi postupak, svakako ako je to u mogućnosti bez štete za nužno uzdržavanje sebe i članova obiteljskog domaćinstva. U slučaju nemogućnosti da ta osoba snosi troškove postupka, trebali bi pasti na teret sredstava suda. Na naknadu troškova postupka u izvanparničnom postupku treba shodno primjenjivati odredbe FZPP-a kojima se uređuje naknada parničnih troškova u parničnom postupku. Međutim, zbog specifičnosti odnosa o kojima se raspravlja u izvanparničnom postupku, i odredbe o naknadi troškova postupka donekle se razlikuju od odgovarajućih odredaba FZPP-a. U odnosu na statusne stvari (osobno i obiteljsko stanje) o troškovima postupka sud odlučuje po slobodnoj ocjeni, imajući u vidu da se postupci u ovim stvarima u pravilu pokreću i vode u interesu više sudionika, odnosno i u javnom interesu. Sud je dužan voditi računa u svakom konkretnom slučaju o tome, imajući posebno u vidu opravdanost pokretanja postupka, potrebu prouzročenja troškova i njihov iznos, te i krajnji ishod postupka. Ne bi trebalo zanemariti ni materijalne mogućnosti sudionika postupka. Tako je i ZIZVP propisao da o troškovima postupka u stvarima koje se odnose na osobno i obiteljsko stanje sudionika, sud odlučuje po slobodnoj ocjeni, vodeći računa o okolnostima slučaja i o ishodu postupka (ZIZVP, čl. 28. st. 1.). Odluku o troškovima sud, po pravilu, donosi u rješenju kojim meritorno rješava izvanparničnu stvar i unosi je u dispozitiv tog rješenja. Osim toga, o troškovima izvanparnični sud može odlučiti i u rješenju kojim se postupak obustavlja i u rješenju o upućivanju na parnicu. Ako stranka nakon donošenja meritornog rješenja podnese zahtjev za nadoknadu troškova, izvanparnični sud o tome odlučuje posebnim rješenjem.¹¹⁴ Iznimno od pravila da u izvanparničnom postupku u predmetima koji se odnose na osobno i obiteljsko stanje sudionika sud odlučuje po slobodnoj ocjeni, u pogledu troškova postupka koji su prouzročeni sudjelovanjem organa starateljstva u izvanparničnom postupku primjenjuju se odredbe FZPP-a.

Prema stajalištu strane sudske prakse trošak zastupanja po punomoćniku u izvanparničnom postupku ne predstavljaju nužne troškove postupka i protivna strana ih nije dužna nadoknaditi. Naime, po ocjeni ovoga suda nužni trošak u izvanparničnom postupku predstavljaju samo troškovi pristojbi i troškovi očevida i vještačenja dok prema odredbama Pravnih pravila Zakona o izvanparničnom postupku trošak zastupanja pada na zastupanog.¹¹⁵ Stajalište je strane sudske prakse da je sud ovlašten da odlučuje o troškovima, iako troškovi nisu opredijeljeni u završnoj riječi predlagatelja, kada je rasprava završena. Ovdje se radi o donošenju odluke bez prethodnog raspravljanja, pa je stranka podneskom o povlačenju preostalog dijela prijedloga ove troškove mogla opredijeliti, jer je na to ovlaštena zakonskom odredbom iz čl. 159. st. 3. i čl. 150. st. 1. i 2. ZPP.¹¹⁶ Odredbom čl. 9. ZIZVP-a propisuje se načelo javnosti izvanparničnog postupka, te određena

¹¹⁴ TODOROVIĆ, o. c., str. 429.

¹¹⁵ Županijski sud u Koprivnici, broj: Gž-265/02 od 28. 2. 2002. godine - Izbor odluka VSRH, br. 1/2003, odl. 206. „Kada je predlagač podneo predlog radi lišenja poslovne sposobnosti iz šikanoznih razloga, pa se ustanovi da nije bilo razloga za pokretanje postupka, protivnik predlagača ima pravo na naknadu troškova“ (Okružni sud u Požarevcu, broj: Gž-35/91 od 11. 1. 1991. godine).

¹¹⁶ Opštinski sud u Nišu, broj: 1 R-489/05. od 10. 7. 2006. i Okružni sud u Nišu, broj: Gž-3390/06 od 14. 12. 2006. godine - Sudska praksa, br. 2/2007, str. 53-54, odl. 99.

ograničenja tog načela. Izvanparnični postupak je, u pravilu, javan (ZIZVP, čl. 9. st. 1.). Primjena načela javnosti u izvanparničnom postupku nužna je želi li se sudionicima osigurati kvaliteta postupanja koju propisuje čl. 6. st. 1. EK. S druge strane, primjenu načela javnosti ograničava činjenica da je u velikom broju izvanparničnih stvari javnost isključena, a pored toga i sama EK dopušta isključenje javnosti kada je to potrebno radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti i kada to traže interesi maloljetnika ili privatnog života stranke. Stoga je dvojbe koje se u uređivanju načela javnosti mogu pojaviti moguće nomotehnički riješiti na način da se općom odredbom propiše načelo javnosti, a potom razlozi za isključenje javnosti odlukom suda ili prijedlogom stranke ili da se propiše načelna nejavnost određenih izvanparničnih postupaka, a potom dopusti da sud javnost može uključiti ako to nije protivno volji sudionika.¹¹⁷ S obzirom na prirodu i značaj odnosa o kojima se raspravlja u statusnim stvarima razumljivo je da je javnost u toku cijelog postupka u tim stvarima isključena. Isključenjem javnosti ostvaruje se nužna diskrecija, što je ujedno i zakonska pretpostavka za vođenje važećeg postupka i odlučivanje suda. Sukladno odredbama FZPP-a, opća javnost može biti isključena na temelju zakona ili odlukom suda. Sud može isključiti javnost za cijelu glavnu raspravu ili jedan njezin dio ako to zahtijevaju interesi čuvanja službene, poslovne ili osobne tajne, zaštita interesa malodobnika, interesi javnog reda ili razlozi morala (FZPP, čl. 119. st. 1.). Shodnom primjenom pravila parničnog postupka u izvanparničnom postupku isključuje se javnost u svim izvanparničnim stvarima kada sud ocijeni da to zahtijevaju razlozi morala.

XVIII/ ZAKLJUČAK

Na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine postupak oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti kao statusni izvanparnični postupak reguliran je odredbama Zakona o izvanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine kao *lex generalis* i odredbama Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine kao *lex specialis*. Oduzimanjem ili ograničenjem poslovne sposobnosti ograničava se osoba u disponiranju subjektivnim građanskim pravima kako statusnim tako i imovinskopравnim. Osnovni razlog za provođenje postupka i intervenciju u poslovnu sposobnost jeste činjenica da punoljetna osoba nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje. U nedostatku regulacije u ZIZVP-u uzroka koji mogu dovesti do potpune ili djelomične nesposobnosti za rasuđivanje primjenjuju se odredbe Obiteljskog zakona kao *lex specialis*. *De lege ferenda* predlažemo da se i u izvanparnični zakon ugrade odredbe o uzrocima koji mogu dovesti do gubitka osnovnog građanskog atributa – poslovne sposobnosti. U kojoj je mjeri izražena nesposobnost za rasuđivanje ovisi i to hoće li se poslovna sposobnost oduzeti u potpunosti ili djelomično. Ako stranka nije sposobna sama brinuti o svojim pravima i interesima u postupku, a nije joj oduzeta poslovna sposobnost, sud joj može postaviti privremenog zastupnika i o tome treba bez odgode obavijestiti organ starateljstva. U ovom postupku propisuje se hitnost

¹¹⁷ Usp. MAGANIĆ, A., *Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog procesnog prava, doktorska disertacija, Zagreb, 2008., str. 112.*

postupanja s obzirom da se odlučuje o oduzimanju odnosno vraćanju poslovne sposobnosti nekoj osobi koja je nužni uvjet za samostalno odlučivanje. Riječ je o osobnom interesu ali i interesu drugih osoba, a i javnom interesu što je vidljivo i iz mogućnosti pokretanja ovog postupka od strane više osoba. U radu se ističe i važnost, osjetljivost i kompleksnost medicinskog vještačenja koje osim medicinske obuhvaća i socijalnu dimenziju osobnosti kao i procjenu u kojem stupnju ta osoba može ugroziti prava i interese. Radi zaštite imovinskih prava nalaže se sudu koji vodi postupak oduzimanja ili vraćanja poslovne sposobnosti da radi zabilježbe vođenja postupka bez odlaganja obavijesti organ nadležan za vođenje zemljišnoknjižnih evidencija kada je osoba kojoj se oduzima ili vraća poslovna sposobnost vlasnik nepokretnosti.

Radi zaštite imovinskih prava predlažemo *de lege ferenda* odredbu prema kojoj bi sud bio dužan takvu obavijest poslati i financijskoj instituciji ukoliko stranka ima određena financijska primanja i poslodavcu. Zaštita odraslih osoba lišenih poslovne sposobnosti provodi se primjenom instituta skrbništva i roditeljske skrbi za punoljetne osobe preko kojeg se osigurava skrb i briga o osobnim i imovinskim pravima i interesima štíćenika. Izuzetno je važna regulacija ovog područja jer se oduzimanjem poslovne sposobnosti aktivira institut skrbništva. Izuzetno su važne odluke skrbnika u području odlučivanja o zdravlju štíćenika, odluke o mogućnosti obrazovanja, zapošljavanja, o mjestu stanovanja, mogućnosti samostalnog stanovanja, odluke koje se odnose o slobodnom vremenu, a također briga o imovinskim pravima štíćenika, raspolaganja imovinom, nasljeđivanjem. S obzirom na mogućnost nezakonite manipulacije u ovom području, posebice je važna regulacija nadzora nad radom skrbnika. Trebalo bi ugraditi u zakon odredbu prema kojoj bi se vršila periodična provjera po službenoj dužnosti i pokrenuo postupak vraćanja poslovne sposobnosti ukoliko se utvrdi da ne postoje pretpostvake za oduzimanje poslovne sposobnosti. Regulirano je da snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti na način da te troškove snosi predlagatelj. Odredbom ZIZVP-a nije regulirano snošenje troškova postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti u slučaju kada je postupak pokrenut po službenoj dužnosti. Postoji mišljenje da u nedostatku takve odredbe propisa treba smatrati da je troškove dužna snositi osoba prema kojoj se vodi postupak, svakako ako je to u mogućnosti bez štete za nužno uzdržavanje sebe i članova obiteljskog domaćinstva. U slučaju nemogućnosti da ta osoba snosi troškove postupka, trebali bi pasti na teret sredstava suda.

PROCEDURE FOR SUBTRACTION OF BUSINESS CAPABILITIES IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

(Summary)

Subtraction and restoration of business capabilities is a status non-litigious procedure in which the court examines whether the legal conditions for subtraction of business capabilities of an adult have been met, and decides on the scope of subtraction of business capabilities. The author presents the concept, goal and manner of conducting the procedure of deprivation and restoration of legal capacity; proposal for revocation and restoration of business capabilities; competence; a record of the proceedings before the land registry court; notification to the registry office; a hearing to discuss a proposal to revoke or restore business capabilities; factual basis; expert opinion and opinion; placement in a health institution; court decision; postponing decision-making; decision on regaining business capabilities; appropriate application of the provisions of other laws; appeal against the decision; delivery of the decision to the registry office and the land registry body and the impact on property relations; publicity and costs of the proceedings.

Keywords: non-contentious procedure of subtraction and restoration of business capabilities, proposal to initiate proceedings, impact of the decision on property and status rights.

LITERATURA:

1. BABIĆ-BOSANAC, S., *Zaštita prava na slobodu prisilno hospitaliziranih duševno oboljelih osoba pod okriljem članka 5. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda*, „Pravni vjesnik“, 2009., broj 1,
2. BAJRIĆ, S., *Razvoj vanparničnog postupka u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na vanparničnu proceduru u FBiH*, „Pravna misao“, Sarajevo, 2009., broj 11-12,
3. BORANIJAŠEVIĆ, V., *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti-Prema Zakonu o vanparničnom postupku Republike Srbije*, “Zbornik radova Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća”, Split, 2015.,
4. ČALIJA, B. – OMANOVIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000.
5. kod ĆIRIĆ, Z. *Sudsko-psihijatrijsko veštačenje u postupku lišenja poslovne sposobnosti –teorijski aspekt i praktična iskustva*, “Zbornik radova “Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije”, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2003.
6. ČIZMIĆ, J. – TAJIĆ, H., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2011.
7. ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, „Privredna štampa”, Sarajevo, 2009.,
8. ČIZMIĆ, J., *Novo građansko procesno pravo Federacije Bosne i Hercegovine*, “Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu”, vol. 50, 2000., br. 1-2, str. 143-181.

9. ČIZMIĆ, J., *O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine*, „Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, v. 32., 2011., br. 1, str. 473.-510.
10. ČIZMIĆ, J., HUSEINBEGOVIĆ, A., *Privremeni zastupnik u parničnim postupcima Bosne i Hercegovine*, “Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, br. 14., Mostar, 2016., str. 203. – 213
11. DIKA, M., *Izvanparnični postupci u obiteljskim stvarima (III.)*, „Pravo i porezi“, god. XIII., 2004., broj 10,
12. DIKA, M., ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000.,
13. DIKA, M., *Potreba donošenja saveznog Zakona o izvanparničnom postupku i ujednačavanje republičkog i pokrajinskog izvanparničnog zakonodavstva*, „Pravni život“, god. xxxix, 1990., broj 1,
14. GALIĆ, Ž., *Skrbnička zaštita osoba lišenih poslovne sposobnosti – obiteljskopравни i društveni aspekt*, “Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, br. 14., Mostar, 2016., str. 440. – 447.
15. GNJIDIĆ, Ž. – BILIĆ, R. i dr., *Uvod u medicinsko vještačenje u građanskim parnicama*, Zagreb, 2008.,
16. KAMHI, S., *Vanparnični postupak*, Sarajevo, 1968.,
17. MAGANIĆ, A., *Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog procesnog prava*, doktorska disertacija, Zagreb, 2008.,
18. MILAS, I., *Obiteljskopравни status osoba lišenih poslovne sposobnosti*, Monografija Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2005.,
19. MILAS, I., *Obiteljsko pravo i socijalna skrb-međuovisnost u svjetlu razvoja instituta skrbništva za punoljetne osobe*, “Revija za socijalnu politiku”, vo. 12, No.3-4., Zagreb, 2005., str. 301. – 318.
20. MILJEVIĆ, N. i dr., *Modul 8, Građanska oblast - Vanparnični postupak*, Sarajevo, 2006.,
21. MUJOVIĆ ZORNIĆ, H., *Značaj veštačenja lekarske greške u građanskom postupku*, zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, br. 6, Mostar 2008,
22. RADOLOVIĆ, A., *Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, vol.30, No.1., Rijeka, 2009., str. 187. – 193.
23. R. ĆOSIĆ - T. KRSMANOVIĆ, *Aktuelna sudska praksa iz građanskoprocenog prava*, Beograd, 2003.,
24. RISTIĆ, V. – RISTIĆ, M., *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 1985.
25. ŠAGO, D., STANIĆ, M., *Neke osobitosti ostavinskog postupka*, “Zbornik radova s II. Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća”, Split, 2016.
26. SIJERČIĆ-ČOLIĆ, H. - VULETA, D. - HADŽIOMERAGIĆ, M., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1999.,

27. STANKOVIĆ, G., *Nova zakonska rješenja u postupku za lišenje poslovne sposobnosti*, "Pravna riječ br. 40/2014.
28. STANKOVIĆ, G., *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 23/1983.,
29. STANKOVIĆ, G., *Zakon o vanparničnom postupku, objašnjenje, tumačenje i stvarni registar*, Službeni glasnik, Beograd, 2014.
30. STJEPANOVIĆ, S. – MILIJEVIĆ, N. – ŠAĆIROVIĆ, S., *Vanparnica, teorija-praksa*, Banja Luka, 2010.,
31. TODOROVIĆ, LJ. – HADŽIMUSIĆ, M., *Parnični postupak*, Sarajevo, 2003.,
32. TRIVA, S. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004.
33. TRIVA, S. – DIKA, M., *Izvanparnično procesno pravo*, Zagreb, 1988.,
34. VODIĆ KROZ VANPARNIČNI POSTUPAK BROŠURA ZA KORISNIKE SUDSKIH USLUGA, podatak na stranici: <https://advokat-prnjavorac.com/sudska-praksa/Vanparnicni-sudski-postupak.pdf>,
35. VUKOVIĆ, S., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova*, Beograd, 2003.
36. ZEČEVIĆ, D i drugi, *Sudska medicina i deontologija*, Medicinska naklada, Zagreb, 2004.,
37. ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*, Sarajevo, 2001.
38. ZEČEVIĆ, E., *Porodični odnosi*, Sarajevo, 2005.,
39. ZUGLIA, S., *Nekoliko pitanja u vezi s vanparničnim postupcima o uređenju statusnih odnosa*, „Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu“, god. IV, 1954., broj 1-2,

Д-р Невена Петрушић, редовна професорка
Правног факултета Универзитета у Нишу

КОЛЕКТИВНА СУДСКА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА СЕВЕРНЕ МАКЕДОНИЈЕ И СРБИЈЕ У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКИХ ПРИНЦИПА КОЛЕКТИВНЕ ЗАШТИТЕ¹

342.72/.73.037:347.91/.95(497.11)

342.72/.73.037:347.91/.95(497.7)

прегледна научна статија

У раду су анализирани процесни механизми намењени колективној судској заштити од дискриминације у правним системима Северне Македоније и Србије. Циљ анализе је да се утврде компаративне сличности и разлике у законској регулативи и испитају домети и лимити у остваривању колективне заштите од дискриминације у контексту савремених антидискриминационих стандарда и европских принципа колективне судске заштите у случајевима масовних повреда права. У раду су описани, компарирани и критички анализирани релевантни правни прописи Северне Македоније и Србије. Елабориране су сличности и разлике у законским решењима у погледу облика грађанскоправне заштите, активне процесне легитимације, као и поступка у парницама за колективну заштиту права на недискриминацију.

Кључне речи: антидискриминација, парница, колективна заштита.

1. Уводне напомене

Савремени систем људских права заснован је на идеји о слободи, урођеном достојанству и неутуђивим правима која припадају свим људским бићима. На том основу изведено је начело једнакости и забрана дискриминације људи на основу њихових личних својстава, као што су националност, вера, пол, инвалидитет, родни идентитет, политичко уверење и др. Зато су начело једнакости и забрана дискриминације „две стране исте медаље“ и „срж целокупног концепта људских права“². Као људско право, једнакост има карактер „потпорног права“, јер је услов уживања других људских права, али је оно временом прерасло у самостално људско право – право на недискриминацију.³

¹Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ (2021-2025) Правног факултета Универзитета у Нишу.

² Пауновић, Милан, Кривокапић, Борис, Крстић, Ивана *Основи међународних људских права*, Београд, Мегатренд универзитет, 2007. 137. Маринковић, Т. *Правна и суштинска једнакост – концептуална разграничења*, у: Петрушић Невена (ур.) *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија, 2012, 41.

³ Маринковић, Т. *op. cit.*, 40.

Остваривање једнакости у друштвеним односима подразумева обавезу државе да спречава дискриминацију и свакоме обезбеди ефикасну и делотворну заштиту од дискриминације. У протеклој деценији Северна Македонија и Република Србија изградиле су целовите системе правне заштите од дискриминације, поштујући међународне стандарде и ослањајући се на искуства у упоредном праву. Устав Северне Македоније са амандманима (1992-2019)⁴ прописује једнакост грађана у уживању свих права и слобода, независно од пола, расе, боје коже, националног и социјалног порекла, политичког и верског уверења, имовинског и друштвеног положаја.⁵ Устав Србије прописује општу забрану дискриминације на основу било ког личног својстава у свим областима друштвеног живота.⁶ Законом о спречавању и заштити од дискриминације Северне Македоније (ЗСЗДСМ)⁷ и Законом о забрани дискриминације Србије (ЗЗДС)⁸ дефинисан је појам дискриминације, ближе су разрађени различити облици дискриминације и регулисана је заштита од дискриминације. Законима су установљена специјализована тела за равноправност: у Северној Македонији то је Комисија за спречавање и заштиту од дискриминације, а у Србији Повереник за заштиту од дискриминације, која имају обележја и *promotion-type bodies* и *quasi-judicial bodies*.⁹ Поред осталог, оба тела су овлашћена да покрећу парнице за заштиту од дискриминације, као и да се умешају у парнице који су друга овлашћена лица покренула.¹⁰

Као и други европски антидискриминациони закони, и ЗСЗДСМ и ЗЗДС регулишу грађанскоправну заштиту од дискриминације, као облик непосредне заштите од дискриминације.¹¹ Правно нормирање ове заштите израз је настојања да се обезбеде ефективна правна средства и грађанскоправне санкције које су пропорционалне претрпљеној штети и имају „стваран и одвраћајући утицај“ на будуће акте дискриминације. Такав приступ у складу је са захтевима антидискриминационог права ЕУ, у којем ефективност заштите и пропор-

⁴ „Службен весник на Република Македонија“, бр. 52/1991. Амандмани на Устав сукцесивно су усвајани од 1992 до 2019. године. Доступно на: <https://www.sobranie.mk/odluki-za-proglasuvanje.nsprx>

⁵ Члан 9. Устава Северне Македоније, са амандманима I-XXXVI.

⁶ Члан 21. Устава Републике Србије.

⁷ „Службен весник на РСМ“, бр. 258/2020.

⁸ „Службени гласник РС“, бр. 22/2009 и 52/2021.

⁹ О категоризацијама независних тела за равноправност, шире: Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Holzleithner, E., Wladasch, K., Yesilkagit, K. Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, *Human European Consultancy*, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Utrecht, Wiena, 2010, 64-143; Krusaa, N. M. The role of equality bodies, 2014. http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/13_Stakeholders/2011_02_Krusaa_DE.pdf (присуп 14. 02. 2022); Петрушић, Н. „Правни статус и позиција Повереника за заштиту равноправности у архитектури националних институционалних механизма за равноправност“, *Правни систем и заштити од дискриминације*: зборник радова, св. 1. 2015, Косовска Митровица: Правни факултет, 65-86.

¹⁰ Члан 21. ст. 1. тач.18. ЗСЗДСМ; чл. 46. ст. 1 ЗЗДС.

¹¹ О грађанскоправној заштити од дискриминације у државама ЕУ, видети: Iordache, Romanița, Ionescu, Iustina, „Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Antidiscrimination Law“, *European Anti-Discrimination Law Review*, 19/2014, стр. 13-15. Доступно на: https://www.researchgate.net/publication/292906927_Discrimination_and_Its_Sanctions_-_Symbolic_vs_Effective_Remedies_in_European_Anti-discrimination_Law (приступ 11.02.2022).

ционалност и одвраћајући ефекат¹² грађанскоправних санкција представљају кључне стандарде.

Анализа ЗСЗДСМ и ЗЗДС показује да постоје два модела грађанскоправне заштите од дискриминације: индивидуална заштита, намењена заштити од дискриминације физичких и правних лица, и колективна заштита, која се пружа у случајевима дискриминације групе лица. У овом раду истражујем механизме колективне заштите од дискриминације у праву Северне Македоније и Србије, са циљем да сагледам њихове домете и лимите у контексту европских принципа колективне заштите од дискриминације.

2. Дискриминација групе лица

Компарација законских дефиниција дискриминације садржаних у ЗСЗДСМ и ЗЗДС¹³ показује да су језичке формулације овог појма различите, али да је њихова суштина иста: дискриминација је неоправдано неједнако поступање, односно стављање у неповољнији положај лица или групе лица, засновано на њиховом стварном или претпостављаном личном својству¹⁴ или на личном својству чланова њихових породица или њима блиским лицима.¹⁵ Жртве дискриминације могу бити како физичка и правна лица, тако и читаве групе лица, а листа личних својстава, као основ дискриминације, није ограничена ни у праву Северне Македоније нити у праву Србије.

Иако је дискриминација групе лица изричито забрањена ЗСЗДСМ и ЗЗДС, ови закони не дефинишу општи појам „група“. У ЗСЗДСМ постоји једино дефиниција појма „маргинализована група“ – „група појединаца које обједињава специфични положај у друштву, а који су објект предрасуда или имају посебне карактеристике због којих су подложни дискриминацији и/или насиљу

¹² Cohen, Barbara, „Remedies and Sanctions for Discrimination in Working Life under the EC AntiDiscrimination Directives, In: Cormark Janet, (ed) Discrimination in the Working Life: Remedies and Enforcement, Towards the uniform and dynamic implementation of EU Anti-Discrimination Legislation: The Role of Equality Bodies, 2014, 16-25. Такав децидирани став Европски суд правде заузео је још далеке 1983. године, у предмету који се тичао родне дискриминације у приступу запошљавању. Видети: C-14/83, *Von Colson & Kaman v. Land Nordrhein-Westfalen*, пресуда од 10. 4. 1984, par. 43. Доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0014>. О томе, шире, видети: Tobler, Christa „ECJ case law on effective, proportionate and dissuasive remedies“, European commission, Brussels, 2005, 7-15; Iordache, Romanița, Ionescu Iustina, „Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Antidiscrimination Law“, *European Anti-Discrimination Law Review*, No 19 – 2014, 11-24. На сличном становишту стоји и Европски суд за људска права. Видети пресуду у предмету *García Mateos v. Spain*, представка бр. 38285/09, пресуда од 19. 2. 2013, par. 45. Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4264379-5082962&filena me=003-4264379-5082962.pdf>

¹³ Члан 6. ЗСЗД и чл. 2. ст. 2. тач. 1. ЗЗД.

¹⁴ Лично својство може се дефинисати као лично обележје особе које одређује њен физички, психолошки, духовни, економски или друштвени идентитет. (Павловић, Славољупка „Појам дискриминације“, у: Петрушић, Невена (УР) *Судска грађанскоправна заштитија од дискриминације*, Београд: повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија, 2012, 144.

¹⁵ Овакав приступ у одређивању појма групе темељи се на ставу да је сваки акт дискриминације заснован на једном личном својству. Дискриминација, међутим, може бити и интерсекционална – заснована на већем броју личних својстава чији се утицај не може може разгранчити. Видети: Fredman, Sandra, *Discrimination law*, Oxford University Press, 2002, 32-34.

и имају мању могућност за остваривање и заштиту права и слобода“.¹⁶ У ЗЗДС не постоји слична дефиниција, нити је законски дефинисан општи појам „група лица“. У социологији се под друштвеном групом подразумева скуп већег или мањег броја људи повезаних разним чиниоцима, који деле заједнички идентитет, при чему сваки члан групе има снажно осећање припадности датој групи.¹⁷ У контексту антидискриминационог права, појам „група“ подразумева скуп индивидуално неодређених лица повезаних истим личним својством, које представља основ дискриминације.¹⁸ Колики је минимални број лица потребно да би чинили групу која је мета дискриминације, закони не прописују.¹⁹

У феноменолошком смислу, дискриминација групе лица, као и дискриминација појединаца, може имати карактер *ad hoc* инцидента, али се може јавити и као структурална (системска) и институционална дискриминација, заснована на стереотипима и предрасудама.²⁰ У тим случајевима мета дискриминације су групе које у датом друштвеном контексту припадају категорији, мањинских, осетљивих и/или маргинализованих група, као што су, на пример, Роми, особе са инвалидитетом, старији, ЛГБТ* особе и др.²¹ Сегрегација ромске деце у школама, говор мржње према ЛГБТ*, вертикална родна сегрегација у каријерном напредовању и сл., само су неки од примера структуралне дискриминације, која је дубоко укореењена и систематски се репродукује у најважнијим економским, политичким и културним институцијама. Структуралну дискриминацију редовно прати институционална дискриминација – дискриминаторна политика

¹⁶ Према чл. 4. ст. 1. тачк. 6. ЗСЗД, „маргинализована група је група појединаца које обједињава специфични положај у друштву, а који су објект предрасуда или имају посебне карактеристике због којих су подложни дискриминацији и/или насиљу и имају мању могућност за остваривање и заштиту права и слобода. Слична дефиниција не постоји у праву Србије.

¹⁷ Шире: Campbell, D. T. „Common fate, similarity, and other indices of the status of aggregate persons as social entities“, *Behavioral Science*, No. 3, 1958. 14-25.

¹⁸ Gajin, Saša, (ur.) *Antidiskriminacioni zakoni*, Vodič, (Beograd: Centar za unapređivanje pravnih studija, 2010, 13. Треба, међутим, имати у виду да у неким случајевима дискриминисану групу чине лица која не деле исти идентитет у смислу припадности некој групи која је у друштву препозната као мањинска, осетљива и/или маргинализована. То се догађа увек када је за остваривање неког права постављен дискриминаторни услов у погледу личног својства који лица треба да испуњавају. Тако, на пример, ако је одлуком о социјалној заштити одређене општине право на финансијску подршку по основу рођења детета признато само мајкама које дуже од годину дана имају пребивалиште на територији општине, жртве дискриминације су мајке које испуњавају све остале услове за остваривање овог права, изузев услова у погледу пребивалишта. Све оне заједно чине специфичну групу, која се може идентификовати управо на основу дискриминаторног услова који њене чланице не испуњавају, а не на основу идентитетских одредница друштвено препознатљиве групе.

¹⁹ У једном предмету Врховни касациони суд Републике Србије, одлучујући по ревизији на решење другостепеног суда, заузео став да забрана да три детета ромске националности уђу у ресторани представља дискриминацију групе, а не деце која чине ту групу. Врховни Касациони суд, Рев 853/2014, решење од 3. 9. 2014. О овом случају, видети шире: Тасић, А. „Судска заштита од дискриминације групе лица“, *Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова*, св. 1. Косовска Митровица: Правни факултет, 2015. 277-290.

²⁰ Pincus, Fred L., „Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional and Structural“, in: Maurianne Adams, Warren J. Blumenfeld, Carmelita (Rosie) Castaneda (eds), *Readings for Diversity and Social Justice*, Rutledge, New York, 2000.

²¹ У различитим друштвима категорији осетљивих група припадају различите групе, а индикатори за њихово препознавање су специфични индикатори на основу којих се мери степен њихове депривације, учешћа у друштвеним структурама, могућност приступа услугама и другим ресурсима у заједници.

институција према мањинским, осетљивим и маргинализованим групама, која је уграђена у структуре и процедуре институција. Жртве дискриминације уперене према групама најчешће се не могу идентификовати (на пример, код говора мржње), али постоје и случајеви у којима је жртве могуће идентификовати (на пример, родно заснована дискриминација у погледу висине зараде).

Дискриминације извршена према групи погађа све чланове групе и, као таква, спада у ред тзв. масовних повреда права (*mass harm situations*). До масовних повреда права долази када је истим противправним поступањем истовремено повређено право већег броја лица.²² У том смислу, дискриминацију групе треба разликовати од дискриминације правног лица. Наиме, иако се заштитом од дискриминације правног лица у суштини штите интереси његових чланова, правно лице је посебан ентитет коме се пружа индивидуална заштита.²³

3. Колективна судска заштита од дискриминације: решења у упоредном праву

У случајевима дискриминације групе лица, сваком појединачном члану групе повређено је индивидуално право на недискриминацију, али су истовремено повређена права и интереси групе као колективитета.²⁴ Истовремено, сам акт дискриминације представља кршење јавног интереса, који се огледа у поштовању принципа једнакости, као „колективног“ добра заједнице.;

У случајевима дискриминације групе лица сваки члан групе може тражити индивидуалну заштиту од дискриминације. Искуство показује да овај вид заштите не остварује своју сврху јер су његови домети ограничени. Сам механизам индивидуалне заштите од дискриминације није прилагођен случајевима дискриминације групе лица, јер је креиран према моделу грађанскоправног спора који укључује две стране. С друге стране, постоји рационална незаинтересованост чланова групе за подношење појединачних тужби у случајевима дискриминације групе лица јер је остваривање заштите праћено бројним потешкоћама: недостају им информације, финансијска средства и време

²² О масовним повредама права, Voet, S. „European collective redress: a status quaestionis“, *International Journal of Procedural Law*, 2014, vol. 4, 97-128. Yeazell, S. C. „Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action“, *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 6, 1977, 866-896.

²³ Правно лице може бити дискриминисано на основу личних својстава сопствене правне личности, али и на основу личних својстава његових чланова која су инхерентна физичким лицима, као што су инвалидитет, сексуална оријентација, пол, родни идентитет и др. Лично својство неког од чланова правног лица (нпр. оснивача или заступника) може бити „пренето“ и на правно лице и постати део његовог идентитета. Зато је то специфичан вид асоцијативне дискриминације, аналогно асоцијативној дискриминацији физичких лица. Петрушић, Н. Бекер, К. „Дискриминација правних лица: феноменолошке карактеристике и правна заштита“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, br. 75, год. LVI, 2017, 49-69.

²⁴ Иако, у случају дискриминација групе лица, стриктно посматрано, не долази до повреде колективног права, јер је концепт колективних права везан за права припадника мањинских заједница које они остварују у интеракцији са другима и који је превасходно усмерен на очување идентитетских разлика између група. (Видети: Јовановић М. Постоје ли колективна права? (I део), *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2008, 89–107). У ширем смислу може се говорити о повреди колективних права јер дискриминаторни обрасци погађају све садашње, па и будуће чланове групе који заједно чине посебан колективитет.

за вођење скупих и дуготрајних судских поступака, страхују од евентуалног губитка парнице и сл. Остваривање индивидуалне заштите у случајевима дискриминације групе лица подразумева покретање стотине, а понекад и хиљаде поступака, што доводи до преоптерећења правосудног апарата и утиче на његову ефикасност.²⁵ Зато су, ради обезбеђивања делотворне заштите од дискриминације групе лица, у разним деловима света развијени су различити механизми колективне заштите. У државама *common law*-а решење је пронађено у традиционалним механизмима класне и групне тужбе (*class/group action*).²⁶ У државама европског континенталног права развијени су различити типови колективних тужби, као што су групне тужбе (*Group actions*), репрезентативне тужбе (*Representative actions*), популарна тужба (*Actio popularis*), тзв. тест поступци и слични механизми намењени колективној заштити права.²⁷

Настали у окриљу заштите потрошача и животне средине, колективни правозаштитни инструменти проширили су своју примену и на област антидискриминације. Њихов развој у овој области у државама ЕУ подстакнут је усвајањем актидискриминационих директива,²⁸ које, упркос томе што не одређују обим и облике заштите од дискриминације, постављају стандарде које грађанскоправна заштита треба да испуњава.²⁹ Првенствени значај колективне заштите огледа се у томе што пружа могућност да се разоткрију обрасци, трендови и праксе структуралне и институционалне дискриминације, посебно имајући у виду да се колективна заштита од дискриминације може остварити и када не постоји конкретна жртва дискриминације. С друге стране, остваривањем

²⁵ У Србији је рад судова био је парализан подношењем масовних тужби од стране војних резервиста ради заштите од дискриминације у погледу исплате војних дневница. У периоду 2010-2019. поднето је чак 22.734 ових тужби. Видети: Петрушић, Невена, Ђукић, Лидија, *Истраживање судске праксе у парницама за заштиту од дискриминације*, Београд: Правосудна академија, 2020, 39.

²⁶ О класним и групним тужбама, шире: Dika, Mihajlo, *Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava u: Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011*, Zagreb, Novi informator, 2011; Andrews, N. „Multi-party proceedings in England: representative and group actions“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11, 2001, 249-268. Доступно на: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=djcl> (приступ 23.02. 2022); Zoroska Kamilovska, Tatjana, Shterjova, Tatjana, „Postupci za zaštitu kolektivnih prava i interesa sa osvrtom na stanje u Republici Makedoniji“ *Pravo – teorija i praksa*, br. 07–09 / 2014, 42-58; Јанићијевић, Д. „Решавање тзв. класних спорова у парничном и арбитражном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2006, бр. 47, 109-122;

²⁷ Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, 2008, 6-9. Доступно на: http://www.civic-consulting.de/reports/collective%20redress_study.pdf (приступ 11. 02. 2022).

²⁸ Децларација о једнакости (2000/43/ЕЗ), Директива о једнакости при запошљавању (2000/78/ЕЗ), Директива о једнаком третману мушкараца и жена у приступу запослењу, стручној обуци, унапређењу и условима рада (76/207/ЕЗ), Директива о увођењу принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена по питањима запошљавања и занимања (2006/54/ЕЗ), Директива о имплементацији једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у приступу добрима и услугама и њиховој понуди (2004/113/ЕЗ), Ревидирана Директива о једнаким могућностима и једнаком третману мушкараца и жена у области запошљавања и обављања занимања (2006/54/ЕЗ), Директива о једнаком третману samozапослених мушкараца и жена (2010/41/ЕЗ).

²⁹ Право на ефикасно, сразмерно и одвраћајуће правно средство изричито је наведено у чл. 8д. Ревидиране Директиве о једнаким могућностима и једнаком третману мушкараца и жена у области запошљавања и обављања занимања (2006/54/ЕЗ).

колективне заштите избегава се секундарна виктимизација жртава.

На подручју Европске уније постоје велике разлике међу правним системима држава чланица у погледу могућности колективне заштите права гарантованих законодавством ЕУ, укључујући и право на недискриминацију.³⁰ Бројне студије и анализе показале су да су за делотворну и ефикасну заштиту од структуралне и институционалне дискриминације друштвених група од кључне важности колективни правозаштитни механизми.³¹ Идеја о увођењу колективних механизма заштите у право ЕУ постоји већ више од три деценије,³² а у њиховом развоју значајну улогу има *Прејорука о заједничким принципима за колективне превентивне тужбе и тужбе за обештећење у државама чланицама код повреда права зајемчених законодавством Уније* из 2013. године,³³ која се односи на решавање случајева масовних повреда свих права гарантованих законодавством ЕУ, укључујући и право на недискриминацију.³⁴

Два су основна инструмента чије се увођење препоручује: колективна превентивна тужба (*injunctive collective action*) и колективна тужба за обештећење (*compensatory collective action*). Колективном превентивном тужбом тражи се да се туженом забрани предузимање, односно понављање радње од који прети опасност од масовне повреде права. Колективном тужбом за обештећење тражи се накнада штете за лица која су оштећена истом незаконитом радњом. Када је реч о накнади штете, промовисан је принцип потпуне накнаде, при чему је препоручено да досуђено обештећење не треба да премашује висину обештећења које би било досуђено уколико би била поднета индивидуална тужба. Да би се спречиле злоупотребе, препоручено је да се искључи могућност осуде туженог на исплату казних одштета (*punitive damages*), каква постоји у америчком правном систему.³⁵ Једна од препорука је и да поступак по колективним тужбама буде заснован на моделу *opt-in* поступка заснованог на принципу „могућност учешћа“, с тим што је, као изузетак, отворена могућност примене *opt-out*

³⁰ Видети: Farkas, Lilla “Collective actions under European antidiscrimination law”, *European Anti-Discrimination Law Review*, No 19 – 2014, 25-49

³¹ Maciejewski, Mariusz, „Overview of existing collective redress schemes in EU Member States“, 2011; Voet, S. op. cit. 108; Farkas, Lilla, op. cit. 26.

³² Hodges, C. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems, A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing: Oxford, 2008, 155-184.

³³ *Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU)*, Official Journal L 201/60, 26/7/2013. skr. “*Collective Redress Recommendation*”, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=uriserv:OJ.L.2013.201.01.0060.01.ENG> (приступ 20.2.2022).

³⁴ Видети шире: Петрушић Н, „Колективна правна заштита: европски приступ“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 68, 2014, стр. 303-322.

³⁵ Тачка 15. Преамбуле Препоруке. Иако у европском континенталном праву постоји отпор према накнадама штете већег износа од онога који је потребан да се оштећени доведе у оно стање у којем је био да штета није настала, све више је оних који указују на потребу за реафирмацијом и легализацијом приватне казне као грађанскоправне санкције. Чињеница је да у државама европског континенталног права већ постоје извесне одредбе о накнади штете које имају казни карактер, нарочито у областима антидискриминације, заштите интелектуалне својине, права потрошача и др. Видети: Koziol, Helmut, „Punitive Damages – A European Perspective Helmut Koziol“, *Louisiana Law review*, Vol 68. No. 3, 2008, 741-764; Бубало, Лана, Имају ли казнене одштете будућност у европском континенталном праву, *Годишњак правног факултета у Мостару*, 2017, год. 1. бр. 1. 63-83.

поступка, који подразумева да су оштећена лица аутоматски укључена у поступак, осим ако изричито не изјаве супротно (принцип “одјаве”).³⁶

Према извештају Европске комисије из 2018. године,³⁷ иако су многе државе реформисале своје националне механизме колективне заштите у складу са препорученим принципима, ефекти Препорука нису сасвим задовољавајући. Могућност подношења колективних тужби постоји у 19 држава чланица, али у половини од њих ова могућност је ограничена само на поједине секторе, углавном у домену потрошачког права и права конкуренције. Само шест држава чланица (Бугарска, Данска, Литванија, Холандија, Португал и Уједињено Краљевство) омогућавају колективну заштиту у свим областима, укључујући и антидискриминацију. Изражена је намера да се Препорука о принципима колективне заштите даље промовише у државама чланицама, као и да се поједини њени аспекти датаљније анализирају и модификују.

4. Колективна судска заштита од дискриминације у Северној Македонији и Србији

Колективна судска заштита од дискриминације групе лица прописана је одредбама ЗСДСМ и ЗЗДС садржаним у одељцима о судској заштити од дискриминације. У чл. 35. ЗСДСМ, насловом „Тужба за заштиту од дискриминације у јавном интересу, регулисана је *actio popularis*. Иако се у овом члану не помиње Комисија за спречавање и заштиту од дискриминације, њено овлашћење на подизање тужбе прописано је у члану 21. ЗСЗДСМ, који регулише надлежност Комисије. У ЗЗДС одредбе о покретању парнице за заштиту од дискриминације групе лица нису систематизоване у посебну целину, мада је гро ових одредби садржан у чл. 46. под насловом „Тужбе других лица“.

Када је реч о поступку, ЗСЗДСМ и ЗЗДС не прописују посебна правила, тако се поступак за заштиту од дискриминације групе лица води по правилима која се примењују у парницама за индивидуалну заштиту од дискриминације, што је недостатак оба закона. Ова парнице воде се по правилима посебних парничних поступка који су ЗСЗДСМ и ЗЗДС регулисани прописивањем неколико посебних процесних правила, уз упућивање на сходну примену закона којим је регулисан парнични поступак.³⁸

Између законских решења постоје извесне сличности, али и разлике, које се тичу активне процесне легитимације, могућности мешања у поступак, правозаштитних захтева, остваривања привремене заштите, претходног сношења трошкова поступка и других питања од значаја за делотворност правне заштите. У циљу боље прегледности, оне су табеларно приказане.

³⁶ О моделима колективних тужби, детаљно: Voet, S. op. cit, 97-128; Zoroska Kamilovska, Tatjana, Shterjova, Tatjana, op. cit. 42-58.

³⁷ Видети: EU Commission, Report on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, COM(2018) 40 final, January 25, 2018, доступно на www.ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49502 (приступ 19.2.2022)

³⁸ Члан 32. ст. 2. ЗСЗДСМ и чл. 41. ст. 2. ЗЗДС.

4.1. Преглед сличности и разлика

	Северна Македонија (ЗСЗДСМ)	Србија (ЗЗДС)
Месна надлежност ³⁹	Изборна надлежност – опште месно надлежан суд и суд на чијем подручју тужилац има пребивалиште/седиште.	Изборна надлежност – опште месно надлежан суд и суд на чијем подручју тужилац има пребивалиште/седиште.
Активна процесна легитимација ⁴⁰	Комисија за заштиту од дискриминације, удружења, фондације, синдикати, друге организације цивилног друштва, неформалне групе.	Повереник за заштиту од дискриминације Организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица.
Мешање у поступак ⁴¹	Комисија за заштиту од дискриминације.	Нема изричите одредбе.
Процесни услови ⁴²	За допуштеност тужбе не потребна сагласност дискриминисаних лица – чланова групе. Чињење вероватним да је дискриминација извршена према већем броју лица.	За допуштеност тужбе није потребна сагласност дискриминисаних лица – чланова групе. Није предвиђено као посебан процесни услов.
Мере обезбеђења ⁴³	Одређује се на захтев, а не по службеној дужности. Може се тражити пре или у току поступка за заштиту од дискриминације. Циљ – спречавање хитне опасности од противправног оштећења, спречавања насиља или настанка ненакнадиве штете. Може се одредити и без саслушања туженог.	Одређује се на захтев, а не по службеној дужности. Може се тражити приликом подизања тужбе, у току и по окончању поступка,, све док извршење не буде спроведено. Циљ – спречавање дискриминаторског поступања ради отклањања опасности од насиља или веће ненакнадиве штете.
	Није одређен рок за одлучивање о привременој мери.	Нема изричите одредбе. О привременој мери се мора одлучити у року од три дана.

³⁹ Члан 33. ЗСЗДСМ и чл. 42. ЗЗДС.

⁴⁰ Члан 21. ст. 1. тач.18. и члан 35. ст.1. ЗСЗДСМ; чл. 46. ст.1. и 3. ЗЗДС.

⁴¹ Члан 40. и чл. 21. ст. 1. тач. 18. ЗСЗДСН.

⁴² Члан 35. ст. 1. ЗСЗДСМ

⁴³ Члан 36. ЗСЗДСМ и чл. 44. ЗЗДС.

Правозаштитни захтеви ⁴⁴	<ol style="list-style-type: none"> 1. Утврђење да је дискриминација извршена, односно да радња која је предузета или пропуштена може да доведе до дискриминације групе лица. 2. Забрана извршења радње од које прети дискриминација групе лица. 3. Извршење радње ради отклања дискриминације или њених последица. 4. Објављивање пресуде у медијима 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Утврђење да је дискриминација извршена. 2. Забрана извршења радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења радње дискриминације, односно забрана понављања радње дискриминације 3. Извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања. 4. Објављивање пресуде у медијима
Докази ⁴⁵	Статистички подаци и подаци прибављени тестирањем дискриминације. Ако тужилац	Статистички подаци и подаци прибављени тестирањем дискриминације. Ако тужилац
Терет доказивања ⁴⁶	учини вероватном дискриминацију, терет доказивања да није извршена дискриминација пребацује се на туженог. Тужилац је ослобођен претходног плаћања судских такси, које падају на терет буџета СМ.	учини вероватном дискриминацију, терет доказивања да није извршена дискриминација пребацује се на туженог. Нема правила о ослобођењу од претходног плаћања судских такси.
Трошкови поступка ⁴⁷	Изричито прописана.	Изричито прописана.
Хитност поступка ⁴⁸	Нама посебних правила, допуштена под општим условима	Ревизија је увек допуштена. ⁴⁹
Допуштеност ревизије		

⁴⁴ Члан 35. ст.2. ЗСЗДСМ и члан 46. ст. 1. ЗЗДС.

⁴⁵ Члан 38. ЗСЗДСМ, чл. 45. ст. 3. ЗЗДС и чл.

⁴⁶ Члан 37. ЗСЗДСМ и чл. 45. ст. 2. ЗЗДС.

⁴⁷ Члан 39. ЗСЗДСМ.

⁴⁸ Члан 32. ст. 3. ЗСЗДСМ и чл. 41. ст. 3. ЗЗДС.

⁴⁹ Члан 41. ст. 4. ЗЗДС.

4.2. Анализа сличности и разлика

Анализа правила којима је регулисано пружање колективне заштите од дискриминације показује јасно настојање да се створе услови за делотворно сузбијање раширених дискриминаторних пракси кроз вођење тзв. стратешких парница. Стратешке парнице су посебан антидискриминациони метод и механизам, који омогућава да се обелодане структурални и институционални облици дискриминације⁵⁰ и путем судских пресуда утиче на промену дискриминаторне праксе и образаца и унапређење положаја осетљивих и маргинализованих друштвених група.⁵¹ У том смислу стратешке парнице представљају део “заговарачке стратегије” независних тела за равноправност и организација цивилног друштва у промоцији једнакости и недискриминације у друштвеним односима. У правном систему Северне Македоније томе служи *actio popularis*, као један од облика колективне (репрезентативне) тужбе,⁵² док је у правном систему Србије изостало именоване инструмента којим се остварује заштита, али је очигледно реч о колективној тужби, којом се тражи заштита множине лица повређених истим дискриминаторним актом.⁵³

Једна од сличности огледа се и у томе што је активна легитимација призната специјализованим телима за равноправност, чиме им је пружена могућност да на себе преузму терет вођења парнице и својим деловањем утичу на подизање свести јавности и развој судске праксе. Круг других активно легитимисаних субјеката знатно се разликује: према ЗСЗДСМ, то могу удружења, фондације, синдикати и друге организације, као и неформалне групе (којима суд мора признати страначку способност), док је према ЗЗД, активна легитимација припада само организацијама које се баве заштитом људских права, односно права одређене групе лица. Стриктно тумачење овог појма искључује могућност да се као као тужилац јави било која организација која својим општим актом као циљ основања није изричито прописала заштиту људских права или права одређене групе лица, што је озбиљан недостатак, посебно зато што су из

⁵⁰ Шире: Coomber, Andrea. *Strategically litigating equality – reflections on a changing jurisprudence*, *European Anti-Discrimination Law Review*, No. 15. 2012, 11-21.

⁵¹ У упоредној пракси, за квалификацију стратешки важних случајева користе се кумулативни индикатори: посебно тежак положај жртве дискриминације, учесталост и широка прихваћеност и распрострањеност дискриминације, друштвена моћ извршиоца дискриминације, број лица погођених дискриминаторним актом, дисбаланс моћи између жртве и починиоца и сл. Видети: *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice* (2004), European Roma Rights Center, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, Migration Policy Group, Nottingham. <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf> (приступ 15. 02. 2022).

⁵² Видети: Попоска Жанета, Користење на *actio popularis* во случаји на дискриминација, Скопје: Хелсиншки комитет за човекови права на Република Македонија, 2016.

⁵³ Треба имати у виду да је Законом о парничном поступку из 2011. године («Сл. гласник РС», бр. 72/2011) био регулисан “Поступак за заштиту колективних права и интереса грађана”, као посебан парнични поступак (Видети: Петрушић, Невена, Симоновић, Драгољуб, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд: Службени гласник, 2011, 890-903). Међутим, Уставни суд Републике Србије прогласио је неуставним одредбе о овом поступку (Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУз-51/2012 од 23. 05. 2013, «Сл. гласник РС», бр. 49/2013). По оцени Уставног суда, одредбе су, поред осталог, „уставноправно спорне с аспекта њихове јасноће, доступности и прихватљивости, а тиме и неслагане с Уставом и потврђеним међународним уговором”. О томе шире: Rakić - Vodinelic Vesna, „Zakon о parničnom postupku Srbije 2011”, *Pravni zapisi*, br. 2, 2011, 557-565. Bodiřoga, Nikola, “Komentar odluke Ustavnog suda IUZ-51/2012 о neustavnosti glave 36. Zakona о parničnom postupku”, *Stručni komentar - Pravni instruktor*.

круга активно легитимисаних субјектата искључени синдикати, имајући у виду да је у Србији системска дискриминација најраширенија управо у области рада и запошљавања.⁵⁴ С друге стране, ЗЗДС не прописује могућност да се у улози тужиоца јаве неформалне групе, што додатно смањује круг потенцијалних тужилаца.

Ни ЗСЗДСМ нити ЗЗДС не садрже правила о било каквим условима у погледу капацитета и ресурса организације које се јављају у улози тужилаца. Такав приступ у нескладу је са општим европским принципима колективне заштите права, међу којима је и принцип да државе треба да утврде минималне услове које организација треба да испуни у погледу финансијских ресурса и искуства у правној експертизи како би могла да представља множину тужилаца у њиховом најбољем интересу.⁵⁵

Када су у питању процесни услови, према ЗСЗДСМ, да би било допуштено вођење поступка за заштиту од дискриминације групе лица од стране организације, она мора да учини вероватним да је дискриминација извршена према множини лица, док ЗЗДС није прописан овај услов.

За разлику од ЗСЗДСМ, који прописује посебне услове за мешање у поступак на страни тужиоца, ЗЗДС нема посебних правила, што је законодавни пропуст који није отклоњен ни приликом недавног новелирања ЗЗДС. Међутим, ЗСЗДСМ допушта могућност мешања само у парнице у којима се остварује индивидуална заштита од дискриминације, тако да је једино Комисија за заштиту од дискриминације овлашћена да се умеша у поступак који се води ради колективне заштите од дискриминације групе лица (арг. чл. 21. ст. 1. тач. 18. ЗСЗДСМ). С друге стране, закон не пружа одговор на питање да ли је за мешање у поступак потребна сагласност странака и како суд поступа када се странке противе мешању. Зато ће на ова питања пракса морати да пружи одговор.

У домену одређивања мера обезбеђења, које у ЗЗДС именоване као привремене мере, разлике се тичу времена када се оне могу тражити: према ЗСЗДСМ могу се тражити и пре и у току поступка, а према ЗЗДС најраније приликом подизања тужбе, као и после доношења пресуде, све док извршење не буде спроведено, што ЗСЗДСМ не омогућава. Такође, у ЗЗДС начело хитности је конкретизовано прописивањем рока за одлучивање о захтеву за одређивање привремене мере, док ЗСЗДСМ не прописује рок.

У погледу правозаштитних захтева који се у тужби могу истаћи не постоје суштинске разлике. Оба закона прописују могућност истицања декларативног, прохибитивног, реститутивног и публикацијског захтева и искључују могућност истицања захтева за накнаду штете. Овакво законско решење, које

⁵⁴ Годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2021. годину, Београд: Повереник за заштиту равноправности, 2022, 197.

⁵⁵ У антидискриминационим законима појединих држава прописани су стриктни услови које организације треба да испуњавају да би могле да траже колективну заштиту. Тако, на пример, немачки Закон о равноправности (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* од 14. августа 2006 (BGBl. I S. 1897) са изменама од

³. априла 2013 (БГБл. I С. 610) пописује да је „организација која се бави заштитом од дискриминације” мора пословати на непрофитној и трајној основи, а овлашћења призната овим законом имају само оне у чијем су саставу најмање 75 чланова и она удружењима у која је повезано најмање седам организација.

се среће и у другим антидискриминационим законима,⁵⁶ засновано је на идеји да се у парницама за колективну заштиту од дискриминације пружа тзв. апстрактна заштита. Чини се, међутим, да не постоје разлози због којих је у оквиру поступка за колективну заштиту права и интереса допуштена могућност обештећења жртава других противправних радњи (заштита потрошача, конкуренције, животне средине и др.), а када је реч о дискриминацији групе, она је искључена и у ситуацијама када постоје стварне жртве. Члановима групе у односу на коју је правноснажном одлуком утврђена дискриминација преостаје да накнаду штете остварују у посебним парницама, позивајући се на одлуку којом је утврђена дискриминација. У вези са тим, указујемо да ни у македонском, ни и српском праву не постоје изричите одредбе о проширеном дејству правноснажности пресуде донете у парницама по колективним тужбама,⁵⁷ што је озбиљан недостатак, с аспекта делотворности и ефикасности колективне заштите од дискриминације.

Значајно је да оба закона прописују могућност коришћења резултата ситуационог тестирања дискриминације⁵⁸ и статистичких података, чија је употреба предвиђана европским антидискриминационим директивама и широко се примењују пред националним судовима држава ЕУ, али и пред Судом правде ЕУ и Европским судом за људска права.⁵⁹ Такође, оба закона прописују правило о прерасподели/пребацавању терета доказивања у складу са европским антидискриминационим стандардима, које је од кључног значаја за обезбеђивање делотворне заштите од дискриминације. Када је реч о судовима у Србији, анализа судске праксе у антидискриминационим предметима показују да постоје бројне тешкоће у примени правила о пребацавању терета доказивања, што је углавном резултат неразумевања самог концепта и његове погрешне интерпретације.⁶⁰

За разлику од ЗЗДС, ЗСЗДСМ прописује опште правило о ослобођењу од плаћања судских такси, чије трошкови падају на терет државног буџета, чиме је тужиоцима олакшан приступ правди. Није прописано да је у питању ослобођење од претходног плаћања судских такси, али се може претпоставити да се управо о томе реч, а не о коначном ослобођењу од плаћања судских такси. У ЗЗД није садржана слична одредба, тако да у погледу ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка, укључујући и судске таксе, важи општи ре-

⁵⁶ Видети: Iordache, Romanița, Ionescu Iustina, op. cit. 15. Такав приступ примењен је и у антидискриминационим законима држава ex Југославије Видети, на пример, чл. 24. Закона о сузбијању дискриминације („Народне новине“ бр. 85/2008 и 112/2012). чл. 30. Закона забрани дискриминације («Сл. лист ЦГ», бр. 46/2010, 40/2011 - др. закон, 18/2014 и 42/2017).

⁵⁷ О проширеном дејству правноснажности пресуда којима је утврђена дискриминација, видети: Uzelac, A. „Postupak pred sudom“, у: Šimonović Einwalter, Tena (ur.) *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*. Zagreb: Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, 2009, 105

⁵⁸ Ситуационо тестирање је посебан експериментални метод који се примењује како би се непосредно и на лицу места проверило да ли онај за кога постоје сумња да врши дискриминацију то заиста и чини. Видети: Рорив, Изабел „Доказивање случајева дискриминације, Улога ситуационог тестирања“, Београд, 2012, стр. 15-40; Петрушић, Невена Крстић, Ивана, Маринковић Танасије, Коментар Закона о забрани дискриминације, Београд: Службени гласник, 2016, 351.

⁵⁹ Шире. Petrušić, Nevena, „Zamke u upotrebi statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama“, *Pravni život*, god. 63, br. 12, tom 4, 2014, 33-50.

⁶⁰ Видети: Петрушић, Н. Ђукић, Лидија, op. cit, 56-59.

жим прописан Законом о парничном поступку и Законом о судским таксама.⁶¹

Оба закона прописују начело хитности, као посебно начело које важи у антидискриминационим парницама, при чему га ни на који начин не конкретизују.

Једно од процесних правила садржаних у ЗЗДС јесте да је ревизија у антидискриминационим парницама увек допуштена. Такво правило није садржано у ЗСЗДСМ, па у погледу изјављивања ревизије важи општи режим прописан Законом о парничном поступку. Имајући у виду значај права на недискриминацију, као и потребу за уједначавањем и усмеравањем судске праксе, чини се да је решење садржано у ЗЗДС адекватно, посебно имајући у виду трендове редукције у погледу изјављивања ревизије.

5. Закључак

Северна Македонија и Република Србија изградиле су солидан антидискриминациони оквир, који је углавном усклађен са међународним стандардима. Евидентно је настојање законодаваца да обезбеде услове за делотворну судску заштиту од дискриминације групе лица, што је израз разумевања да индивидуална заштита има ограничене домете и да не омогућава ефикасно сузбијање структуралне и институционалне дискриминације. Анализа правила ЗСЗДСМ и ЗЗДС о колективној судској заштити од дискриминације групе лица показује да међу законским решењима има доста сличности, али и бројних разлика које су у раду елабориране.

Поступак по колективним тужбама за заштиту од дискриминације, регулисан ЗСЗДСМ и ЗЗДС суштински се не разликује од поступка у антидискриминационим парницама покренутим индивидуалним тужбама, иако за тим постоји потреба, имајући у виду специфичности колективне заштите од дискриминације. Анализа релевантних одредби ЗСЗДСМ и ЗЗДС показује да општи европски принципи колективне заштите нису у пуној мери имплементирани, посебно у погледу могућности обештећења у случајевима када постоје стварне жртве дискриминације.

Северна Македонија и Србија нису успоставиле општи правни оквир за судску колективну заштиту права, тако да предстоји законодавни рад у овој области. То је прилика да се, по угледу на верификована решења у упоредном праву, креирају адекватна и избалансирана законска решења која ће обезбедити процесни механизам за деловорну колективну заштиту од дискриминације којој су изложене групе лица.

⁶¹ Службени гласник РС», бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 - др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018. Видети: Petrušić, Nevena „Oslobođenje od prethodnog plaćanja troškova postupka u Republici Srbiji“ : zakonski režim i sudska praksa“, u: Šago, Dinka, *Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*: Split: Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, 2019, 71-93.

**COLLECTIVE JUDICIAL PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION
IN LEGAL SYSTEMS OF NORTH MACEDONIA AND SERBIA WITHIN
THE CONTEXT OF EUROPEAN PRINCIPLES OF COLLECTIVE
PROTECTION**

(Summary)

The work analyses the process mechanisms intended for collective judicial protection against discrimination in legal systems of North Macedonia and Serbia. The aim of the analysis is to establish comparative similarities and differences in legal regulations and investigate the reaches and restrictions in realization of collective protection against discrimination within the context of contemporary antidiscrimination standards and European principles of collective judicial protection in casses of massive violations of rights. The paper describes the compared and critically analyzed relevant legal regulations of North Macedonia and Serbia. Similarities and differences in legal solutions have been elaborated in terms of the form of civil rights protection, the active procedural legitimacy, as well as the the proceedings in litigations for collective protection of right to non-discrimination.

Keywords: antidiscrimination, litigations, collective protection.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Holzleithner, E., Wladasch, K., Yesilkagit, K. Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, Human European Consultancy, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Utrecht, Wiena, 2010
2. Andrews, N. „Multi-party proceedings in England: representative and group actions“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11, 2001, 249-268. Доступно на: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/view-content.cgi?article=1199&context=djcil> (приступ 23.02. 2022);
3. Bodiroga, Nikola, “Komentar odluke Ustavnog suda IUZ-51/2012 o neustavnosti glave 36. Zakona o parničnom postupku”, *Stručni komentar - Pravni instruktor*.
4. Бубало, Лана, Имају ли казнене одштете будућност у европском континенталном праву, Годишњак Правног факултета у Мостару, 2017, год. 1. бр. 1. 63-83.
5. Voet, S. „European collective redress: a status quaestionis“, *International Journal of Procedural Law*, 2014, vol. 4, 97-128.
6. Gajin, Saša, (ur.) *Antidiskriminacioni zakoni*, Vodič, (Beograd: Centar za unapređivanje pravnih studija, 2010,
7. Dika, Mihajlo, Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava u: *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011*, Zagreb, Novi informator, 2011.
8. Zoroska Kamilovska, Tatjana, Shterjova, Tatjana, „Postupci za zaštitu kolektivnih prava i interesa sa osvrtom na stanje u Republici Makedoniji” *Pravo – teorija i praksa*, br. 07–09 / 2014, 42-58;

9. Iordache, Romanița Ionescu, Iustina, „Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Antidiscrimination Law“, *European Anti-Discrimination Law Review*, 19/2014, стр. 13-15. доступно на: https://www.researchgate.net/publication/292906927_Discrimination_and_Its_Sanctions_-_Symbolic_vs_Effective_Remedies_in_European_Anti-discrimination_Law (приступ 11.02.2022).
10. Јовановић М. Постоје ли колективна права? (I део), *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2008, 89–107.
11. Јанићијевић, Д. „Решавање тзв. класних спорова у парничном и арбитражном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2006, бр. 47, 109-122;
12. Koziol, Helmut, „Punitive Damages – A European Perspective Helmut Koziol“, *Louisiana Law Journal*, Vol 68. No. 3, 2008, 741-764;
13. Krusaa, N. M. The role of equality bodies, 2014. http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/13_Stakeholders/2011_02_Krusaa_DE.pdf (приступ 14. 02. 2022);
14. Маринковић, Т. *Правна и суштинска једнакост – концептуална разграничења*, у: Петрушић, Невена (ур.) *Судска грађанскојравна заштита од дискриминације*, Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија, 2012.
15. Maciejewski, Mariusz, „Overview of existing collective redress schemes in EU Member States“, 2011;
16. Павловић, Славољупка „Појам дискриминације“, у: Петрушић, Невена (УР) *Судска грађанскојравна заштита од дискриминације*, Београд: повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија, 2012, 144.
17. Пауновић, Милан, Кривокапић, Борис, Крстић, Ивана *Основи међународних људских права*, Београд, Мегатренд универзитет, 2007
18. Pincus, Fred L. „Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional and Structural“, in: Maurianne Adams, Warren J. Blumenfeld, Carmelita (Rosie) Castaneda (eds), *Readings for Diversity and Social Justice*, Rutledge, New York, 2000;
19. Петрушић, Н. „Правни статус и позиција Повереника за заштиту равноправности у архитектури националних институционалних механизма за равноправност“, *Правни систем и заштита од дискриминације*: зборник радова, св. 1. 2015, Косовска Митровица: Правни факултет, 65-86.
20. Петрушић, Н. Бекер, К. „Дискриминација правних лица: феноменолошке карактеристике и правна заштита“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 75, год. LVI, 2017, 49-69.
21. Петрушић, Невена, Ђукић, Лидија, *Испитивање судске праксе у парницама за заштиту од дискриминације*, Београд: Правосудна академија, 2020, 39.
22. Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, 2008, 6-9. Доступно на: http://www.civic-consulting.de/reports/collective%20redress_study.pdf (приступ 11. 02. 2022).

23. Петрушић, Невена, Симоновић, Драгољуб, *Коментар закона о парничном поступку*, Београд: Службени гласник, 2011, 890-903.
24. Петрушић Н, „Колективна правна заштита: европски приступ“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 68, 2014, стр. 303-322.
25. Петрушић, Невена, Крстић, Ивана, Маринковић Танасије, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд: Службени гласник, 2016, 351.
26. Petrušić, Nevena, „Zamke u upotrebi statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama“, *Pravni život*, god. 63, br. 12, tom 4, 2014, 33-50.
27. Petrušić, Nevena „Oslobođenje od prethodnog plaćanja troškova postupka u Republici Srbiji“ : zakonski režim i sudska praksa“, u: Šago, Dinika, *Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*: Split: Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, 2019, 71-93.
28. Попоска Жанета, *Користење на actio popularis во случаи на дискриминација*, Скопје: Хелсиншки комитет за човекови права на Република Македонија, 2016.
29. Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice (2004), European Roma Rights Center, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, Migration Policy Group, Nottingham. <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf> (приступ 15. 02. 2022).
30. Rakić - Vodinelić Vesna, „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi*, br. 2, 2011, 557-565.
31. Рорив, Изабел, *Доказивање случајева дискриминације, Улога ситуационе и шестирања*, Београд, 2012, стр. 15-40.
32. Тасић, А. „Судска заштита од дискриминације групе лица“, *Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова*, св. 1. Косовска Митровица: Правни факултет, 2015. 277-290. Tobler, Christa, „ECJ case law on effective, proportionate and dissuasive remedies“, *European commission*, Brussels, 2005, 7-15.
33. Uzelac, A. „Postupak pred sudom“, у: Šimonović Einwalter, Tena (ur.) *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*. Zagreb: Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, 2009, 105
34. Farkas, Lilla “Collective actions under European antidiscrimination law”, *European Anti-Discrimination Law Review*, No 19 – 2014, 25-49.
35. Hodges, C. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems, A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing: Oxford, 2008, 155-184.
36. Campbell, D. T. „Common fate, similarity, and other indices of the status of aggregate persons as social entities“, *Behavioral Science*, No. 3, 1958. 14-25.
37. Cohen, Barbara, „Remedies and Sanctions for Discrimination in Working Life under the EC AntiDiscrimination Directives, In: Cormark Janet, (ed) *Discrimination in the Working Life: Remedies and Enforcement, Towards*

- the uniform and dynamic implementation of EU Anti-Discrimination Legislation: The Role of Equality Bodies*, 2014, 16-25.
38. Coomber, Andrea. Strategically litigating equality – reflections on a changing jurisprudence“, *European Anti-Discrimination Law Review*, No. 15. 2012, 11-21.
 39. Yeazell, S. C. „Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action“, *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 6, 1977, 866-896.
 40. C-14/83, *Von Colson & Kaman v. Land Nordrhein-Westfalen*, пресуда од 10. 4. 1984, par. 43. Доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0014>.
 41. *García Mateos v. Spain*, представка бр. 38285/09, пресуда од 19. 2. 2013, par. 45. Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4264379-5082962&file-name=003-4264379-5082962.pdf>
 42. Врховни Касациони суд, Рев 853/2014, решење од 3. 9. 2014.
 43. Уставни суд Републике Србије, ИУз-51/2012 од 23. 05. 2013, “Сл. гласник РС”, бр. 49/2013.

Dr. sc. Tatjana Josipović, redovna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

KONTROLA NEPOŠTENIH ODREDBI U POTROŠAČKIM UGOVORIMA U OVRŠNOM POSTUPKU

366.5:347.451]:341.645.5(4-672EY)

366.5:347.451]:347.952(497.5)

изворна научна статија

Sud Europske unije je tumačeći Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts definirao je brojna pravila o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku. Najvažnije pravilo jest da konačnoj provedbi ovrhe mora prethoditi sudska kontrola nepoštenosti. Ako ovrši nije prethodio parnični postupak, kontrola nepoštenosti mora se provesti u ovršnom postupku. Kao krajnja mjera za zaštitu potrošača u ovršnom postupku smatra se *ex officio* kontrola nepoštenosti koju je ovršni sud dužan provesti ako pravni lijekovi ne osiguravaju efikasnu zaštitu. Problemi s efikasnom zaštitom potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku uočeni su i u hrvatskoj sudskoj praksi. Oni su posebno izraženi u ovršnim postupcima koji se provode na temelju vjerodostojne isprave ili na temelju izravno ovršnog javnobilježničkog akta ili solemnizirane javnobilježničke isprave koji nisu do ovršnog postupka bili podvrgnuti nikakvoj sudskoj kontroli. Sve se više inzistira na *ex officio* kontroli nepoštenosti u ovršnom postupku. Najnovija zakonodavna inicijativa jest da se u Ovršnom zakonu općenito propiše obveza ovršnog suda da u svakoj fazi ovršnog postupka *ex officio* kontrolira nepoštenost u ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima. Osiguranje visokih standarda zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku zahtijevalo bi, međutim, opsežniju reformu ovršnog postupka, posebno novo uređenje pravnih lijekova u ovršnom postupku. U tekstu se razmatraju mogućnosti za osiguranje efikasne zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku.

Ključne riječi: potrošački ugovori, nepoštene ugovorne odredbe, ovršni postupak, *ex officio* kontrola nepoštenosti, načelo efikasnosti, načelo ekvivalentnosti

1. Uvod

Zaštita potrošača od nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima uređena je u pravu Europske unije već gotovo trideset godina Direktivom 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (dalje: Direktiva 93/13/EEZ).¹,

¹ Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, *SL L 95, 21.4.1993., str. 29–34, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15, Svezak 012, str. 24 – 29*

Direktiva 93/13/EEZ je od kad je stupila na snagu dva puta dopunjena Direktivom 2011/83/EU o pravima potrošača (*SL L 304, 22.11.2011., str. 64–88*) i Direktivom (EU) 2019/2161 u pogledu boljeg izvršavanja i modernizacije pravila Unije o zaštiti potrošača (*SL L 328, 18.12.2019., str. 7–28*). Radilo se o dopunama u pogledu učinkovitih sankcija radi povreda nacionalnih odredbi kojima je sukladno Direktivi 93/13/EEZ uređena zaštita potrošača od nepoštenih odredbi.

² Radi se o direktivi minimalne harmonizacije kojom su države članice bile obvezne u svom nacionalnom ugovornom pravu urediti zaštitu potrošača od nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima. Prema Direktivi 93/13/EEZ nepoštenim odredbama smatraju se ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima o kojima se nisu vodili pojedinačni pregovori i kojima je suprotno dobroj vjeri na štetu potrošača prouzročena znatnija ravnoteža u pravima i obvezama stranaka.³ Neravnoteža u pravima i obvezama stranaka na štetu potrošača posljedica je nedovoljne informiranosti potrošača i njegove slabije pregovaračke pozicije prilikom sklapanja ugovora s trgovcem, te nemogućnosti potrošača da utječe na sadržaj ugovornih odredbi koje je unaprijed pripremio trgovac. Nepoštene ugovorne odredbe zbog toga nisu obvezujuće za potrošača, a potrošački ugovor i dalje obvezuje stranke ako može vrijediti i bez tih nepoštenih odredbi.⁴ Glavni cilj zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi je uspostava nove ravnoteže u pravima i obvezama stranaka uklaňanjem iz potrošačkog ugovora nepoštenih ugovornih odredbi. Države članice bile su obvezne u svom nacionalnom pravu u korist potrošača urediti neobvezujuće učinke nepoštenih ugovornih odredbi kako bi se osigurala efikasna zaštita potrošača u potrošačkim ugovorima. Posebno je bilo važno da države članice urede primjerena i efikasna pravna sredstva za sprječavanje stalnog korištenja nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima.⁵

Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi dobila je u pravu Europske unije vrlo važnu ulogu tijekom financijske krize koja je uzrokovala prezaduženost potrošača i ugrozila njihova temeljna prava u postupcima namirenja dugova iz potrošačkih ugovora. Kontrola nepoštenosti ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima postala je važan, a u brojnim slučajevima i posljednji, pravni instrument za zaštitu potrošača od prezaduženosti u ugovorima o kreditu i za zaštitu temeljnih prava potrošača kod stambenih hipotekarnih kredita u slučajevima kad potrošači nisu zbog financijskih problema bili u mogućnosti redovno ispunjavati svoje kreditne obveze.⁶ Tumačenjem pojedinih odredbi Direktive 93/13/EEZ u kontekstu različitih potrošačkih ugovora, posebno u pogledu ugovora o kreditu u stranoj valuti i stambenih hipotekarnih potrošačkih kredita, Sud Europske unije (dalje: Sud) utvrdio je specifična načela i standarde zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi. Sud je u

Pročišćen tekst Direktive 93/13/EEZ v. na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A01993L0013-20220528> (stranica posjećena 16.5.2022)

² Donošenju Direktive 93/13/EEZ prethodila je dugogodišnja stručna i institucionalna rasprava o konceptu nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima a obzirom na utjecaj kontrole nepoštenosti na privatnu autonomiju i slobodu ugovaranja. U tom kontekstu posebne su se rasprave vodile o tome da li se kontrola nepoštenosti provodi samo u odnosu na ugovorne odredbe u standardnim ugovorima o kojima se nije pregovaralo ili i u odnosu na ugovorne odredbe o kojima je potrošač individualno pregovarao s trgovcem. Poseban problem predstavljalo je i definiranje pretpostavki nepoštenosti ugovornih odredbi. V. Josipović, T.: Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, Zagreb, 2018, s. 52-60

³ čl. 3/1 Direktive 93/13/EEZ

^{v.} više Josipović, T.: Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, s. 183-231

⁴ čl. 6/1. Direktive 93/13/EEZ

^{v.} više Josipović, T.: Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, s. 239-244

⁵ čl. 6,7. Direktive 93/13/EEZ, čl. 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima

^{v.} više Josipović, T.: Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, s. 251-280

⁶ V. Gerstenberg, O: Constitutional Reasoning in Private Law - The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contract, European Law Journal, 5/2015, s. 613,614; Józson, M.: Unfair contract terms in Europe in time of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness, Journal of European Consumer and Market Law, 2017, s. 158-160

brojnim presudama tumačio pojedine odredbe Direktive 93/13/EEZ o personalnom i materijalnom području primjene Direktive, pretpostavkama nepoštenosti, o kriterijima za procjenu transparentnosti ugovornih odredbi, učincima nepoštenih ugovornih odredbi, kolektivnoj zaštiti potrošača, postupanju nacionalnih sudova nakon utvrđenja nepoštenosti ugovornih odredi i dr. Iz te sudske prakse proizašli su vrlo visoki standardi zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi koji su, nakon što se praksa Suda ustalila, postali obvezujući za nacionalne sudove.⁷

Bogata i vrlo razvijena praksa Suda o tumačenju Direktive 93/13/EEZ značajno je utjecala na zaštitu potrošača u ugovornim odnosima s trgovcima. Na području cijele Europske unije postupno su u bitnim aspektima zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi uspostavljeni isti standardi efikasne zaštite, čak i neovisno o tome što je Direktiva 93/13/EEZ direktiva minimalne harmonizacije temeljem koje su države članice mogle urediti i višu razinu zaštite od one propisane Direktivom. S druge strane, tumačenja Suda potaknula su reforme nacionalnog ugovornog i procesnog prava, posebno ovršnog postupka, i radikalne promjene sudske prakse u području zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u različitim sudskim građanskim postupcima.

Europski standardi zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi koje je u svojoj bogatoj praksi definirao Sud Europske unije utjecali su na tumačenja načela savjesnosti i poštenja u potrošačkom ugovornom pravu i drugih načela ugovornog prava važnih za efikasnu zaštitu potrošača kao što su načelo transparentnosti ugovornih odredbi, načelo legitimnih očekivanja, načelo zabrane zloupotrebe prava, načelo naknade štete. Istovremeno su se sve više mijenjali i standardi sudske zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi i to bez izravne intervencije europskog zakonodavca u nacionalno procesno pravo. Sudska zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi pred nacionalnim sudovima nije, naime, na europskoj razini usklađena posebnim europskim pravilima. Zaštita se i dalje ostvaruje po nacionalnim procesnim pravilima sukladno načelu nacionalne procesne autonomije.⁸ Sud Europske unije je, međutim, u velikom broju odluka pozivajući se na načelo ekvivalentnosti i načelo efikasnosti,⁹ te na temeljno pravo u Europskoj uniji¹⁰ na efikasni pravni lijek¹¹ tumačio da zaštita potrošača koju pružaju nacionalni sudovi mora biti efikasna i potpuna kako bi se osigurao glavni cilj Direktive 93/13/EEZ tj. uspostava ravnoteže u pravima i obvezama u potrošačkim ugovorima narušena ugovaranjem nepoštenih odredbi na štetu potrošača. Takva zaštita zahtijeva da nacionalni sudovi imaju aktivnu ulogu i da, čak i onda kad je potrošač pasivan i ne zahtijeva zaštitu, po službenoj dužnosti kontroliraju nepoštenost ugovornih odredbi. Takvo aktivno postupanje nacionalnih sudova ne može, doduše, sanirati potpunu pasivnost potrošača, posebno u slučaje-

⁷ Nepoštovanje ustaljene prakse Suda u pogledu tumačenja Direktive 93/13/EEZ od strane nacionalnih sudova smatra se ozbiljnom povredom prava Unije zbog kojeg država članica može odgovarati za štetu koja je zbog toga nastala potrošaču. V. presudu od 28. srpnja 2016., C-168/15, Tomášová, ECLI:EU:C:2016:602

⁸ Na EU razini posebna procesna pravila uvedena su samo za određene aspekte kolektivne zaštite potrošača. V. Direktivu 2009/22/EZ od 23. travnja 2009. o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača, *SL L 110, 1.5.2009., str. 30–36, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15 Svezak 001 Str. 269–275*

⁹ V. više pod 2.

¹⁰ Povelja Europske unije o temeljnim pravima, *SL C 202, 7.6.2016., str. 389–405*

¹¹ čl. 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima

vima kad je potrošač imao na raspolaganju odgovarajuće pravne lijekove koje je mogao koristiti pod razumnim uvjetima. Međutim, aktivna uloga nacionalnih sudova od posebne je važnosti u slučajevima kad je potrošač pasivan zbog toga što mu nacionalna procesna pravila ne osiguravaju da ostvari efikasnu zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi.

Sud Europske unije je u svojoj bogatoj sudskoj praksi definirao načelo kontrole nepoštenosti po službenoj dužnosti koje je postalo najvažniji stup zaštite potrošača od nepoštenih odredbi pred nacionalnim sudovima. To je načelo utemeljeno na načelu ekvivalentnosti i na načelu efikasnosti. Sud je tumačio da su europska pravila o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi izjednačena s nacionalnim pravilima o javnom poretku. Zbog toga su nacionalni sudovi uvijek kad su u nekoj fazi sudskog postupka obavezni primijeniti odredbe nacionalnog javnog poretka po službenoj dužnosti, pa čak i onda kad za *ex officio* postupanje imaju samo dispozitivno ovlaštenje, dužni po službenoj dužnosti primijeniti i odredbe EU prava o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi tj. *ex officio* kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi i uspostaviti neobvezujuće učinke nepoštenih ugovornih odredbi. To se pravilo temelji na načelu ekvivalentnosti zaštite subjektivnih pojedinačnih prava priznatih EU pravom,¹² te na tumačenju Suda da se odredbe prava Unije o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi smatraju kogentnim odredbama čiju primjenu stranke ne mogu isključiti. Drugi temelj za postupanje nacionalnih sudova po službenoj dužnosti proizlazi iz načela efikasnosti sudske zaštite subjektivnih prava priznatih EU pravom. Kad se s obzirom na odredbe nacionalnog procesnog prava potrošačima ne može pružiti efikasna zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi pa postoji značajan rizik da će potrošaču biti uskraćena potpuna i efikasna sudska zaštita, nacionalni su sudovi obavezni nacionalno pravo tumačiti sukladno ciljevima Direktive 93/13/EEZ kako bi se osigurala potpuna zaštita potrošača. Ako to nije moguće, jer bi takvo tumačenje bilo *contra legem*, nacionalni su sudovi obavezni postupiti sukladno načelu prvenstva EU prava i ne primijeniti nacionalno pravilo kojima se ugrožava zaštita potrošača. Ako raspoložu činjeničnim i pravnim elementima, nacionalni sudovi tada su obavezni po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost odredbi u potrošačkim ugovorima čak i onda kad ih nacionalno pravo ne ovlašćuje izričito na takvo postupanje.¹³ Cilj je takvog *ex officio* postupanja osigurati efikasnu kontrolu

¹² Takva obveza za nacionalni sud postoji uvijek pa nacionalni sud ne mora procjenjivati učinke primjene nacionalnog postupnog prava na kvalitetu i opseg zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi.

¹³ V. npr. presudu od 27. lipnja 2000, spojeni predmeti C-240/98 do C-244/98, Océano Grupo, ECLI:EU:C:2000:346; presudu od 21. studenog 2002., C-473/00, Cofidis, ECLI:EU:C:2002:705; presudu od 26. listopada 2006., C-168/05, Mostaza Claro, ECLI:EU:C:2006:675; presudu od 04. lipnja 2009., C-243/08, Pannon, ECLI:EU:C:2009:350; presudu od 6. listopada. 2009., C-40/08, Asturcom, ECLI:EU:C:2009:615; presudu od 9. studenog 2010., C-137/08, Pénzügyi Lízing, ECLI:EU:C:2010:659; rješenje od 16. studenog 2010, C-76/10, Pohotovost', ECLI:EU:C:2010:685; presudu od 14 srpnja 2012., C-618/10, Banco Español, ECLI:EU:C:2012:349; presudu od 30. svibnja 2013., C-488/11, Asbeek Brusse, ECLI:EU:C:2013:341; presudu od 21. travnja 2016., C-377/14, Radlinger, ECLI:EU:C:2016:283; presudu od 11. ožujka 2020., C-511/17, Lintner, ECLI:EU:C:2020:188; presudu od 17. svibnja 2022., C-725/19, Impuls Leasing România, ECLI:EU:C:2022:396; presudu od 17. svibnja 2022., C-600/19, Ibercaja Banco SA, ECLI:EU:C:2022:394; presudu od 17. svibnja 2022., spojeni predmeti C-693/19 i C-831/19, SPV Project 1503, ECLI:EU:C:2022:395; presudu 30. lipnja 2022., C-170/21, Profi Credit Bulgaria, ECLI:EU:C:2022:518

nepoštenih ugovornih odredbi uvijek kad nacionalnim pravom potrošaču nisu osigurani efikasni pravni lijekovi za zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi (tzv. načelo efikasnog nadzora nepoštenosti, načelo efikasnih pravnih lijekova). Pritom na obvezu nacionalnih sudova da po službenoj dužnosti kontroliraju nepoštenost ugovornih odredbi ne mogu utjecati karakteristike pojedinih sudskih postupaka u kojima kao stranke sudjeluju potrošač i trgovac.¹⁴ Načelo efikasnosti zahtijeva kontrolu nepoštenosti po službenoj dužnosti u svim sudskim građanskim postupcima, parničnim, ovršnim i izvanparničnim, i u svim fazama tih sudskih postupaka (prvostupanjski postupak, postupak povodom žalbe ili povodom prigovora i sl).

Iz prakse Suda o efikasnoj zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi proizlazi da je nacionalni sud i u ovršnom postupku obavezan po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost odredbi u potrošačkim ugovorima iz kojih proizlaze tražbine radi kojih se provodi ovrha protiv potrošača. Sud Europske unije je u brojnim odlukama potvrdio i razradio svoj stav¹⁵ da efikasna zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi zahtijeva aktivno postupanje i od ovršnog suda. To je posebno važno u slučajevima kad se nacionalnim pravom ne osiguravaju dovoljno efikasni pravni lijekovi u ovršnom postupku kojima potrošač može inicirati kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi odnosno kad su ti pravni lijekovi uređeni na način koji predstavlja opravdani rizik da se potrošač njima neće koristiti npr. zbog nedovoljne informiranosti, visokih sudskih troškova, kratkih rokova i sl. Sukladno tome Sud je u svojim presudama, pozivajući se na načelo ekvivalentnost i načelo efikasnosti, a posebno na načelo efikasnog nadzora nepoštenosti odredbi u potrošačkom ugovoru, tumačio brojna pitanja u vezi s *ex officio* kontrolom nepoštenosti koja proizlaze iz specifičnosti i ciljeva ovršnog postupka. Pritom je Sud posebno tumačio i što sve obuhvaća obveza *ex officio* kontrole nepoštenosti ugovornih odredbi. Nacionalni bi ovršni sud po službenoj dužnosti prethodno trebao utvrditi radi li se o potrošačkom ugovoru, te da li odredba na kojoj se temelji zahtjev može sukladno Direktivi 93/13/EEZ uopće biti predmet kontrole nepoštenosti. Potom bi sud trebao provesti kontrolu nepoštenosti odnosno da li su sukladno Direktivi 93/13/EEZ ispunjene sve pretpostavke za nepoštenost ugovorne odredbe i, ako jesu, sud mora po službenoj dužnosti, nakon što je o tome obavijestio stranke i dao im mogućnost da se izjasne o ugovornoj odredbi, urediti posljedice nepoštenosti odnosno neobvezujuće učinke nepoštenih ugovornih odredbi za potrošače. Nacionalni sud tada ne smije primijeniti nepoštenu ugovornu odredbu osim ako se potrošač tome protivi odnosno osim ako potrošač ipak pristane na to da se primijeni nepoštena ugovorna odredba.¹⁶

¹⁴ V. npr. presudu od 26. listopada 2006., C-168/05, Mostaza Claro, ECLI:EU:C:2006:675; presudu od 6. listopada. 2009., C-40/08, Asturcom, ECLI:EU:C:2009:615; rješenje od 16. studenog 2010., C-76/10, Pohotovost', ECLI:EU:C:2010:685; presudu od 21. travnja 2016., C-377/14, Radlinger, ECLI:EU:C:2016:283; presudu od 10. rujna 2014., C-34/13, Kušionová, ECLI:EU:C:2014:2189; presudu od 17. srpnja 2014., C-169/14, Morcillo, ECLI:EU:C:2014:2099; presudu od 30. svibnja 2013., C-488/11, Asbeek Brusse, ECLI:EU:C:2013:341, presudu od 30. svibnja 2013., C-397/11, Jörös, ECLI:EU:C:2013:340

O *ex officio* kontroli nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku v. više pod. 2

¹⁵ U kontekstu FDirektive 93/13/EEZ Sud je tumačio obvezu *ex officio* kontrole nepoštenosti ugovornih odredbi u predmetu C-prvi put je to tumačio u predmetu C-240/98, Océano Grupo i to u pogledu nepoštenosti ugovorne odredbe o prorogaciji mjesne nadležnosti. V. presudu od 27. lipnja 2000., spojeni predmeti C-240/98 do C-244/98, Océano Grupo, ECLI:EU:C:2000:346. Komentar presude v. u Josipović, T.: Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, s. 315-334.

¹⁶V. presudu od 04. lipnja 2009., C-243/08, Pannon, ECLI:EU:C:2009:350

Uvažavajući tumačenja Suda Europske unije o *ex officio* kontroli nepoštenosti u ovršnom postupku i u hrvatskoj su se sudskoj praksi počeli zauzimati stavovi da bi i ovršni sud trebao po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost odredbi u potrošačkim ugovorima. U hrvatskom pravu nepoštene ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima smatraju se ništetnim.¹⁷ Na kontrolu nepoštenosti supsidijarno se primjenjuje Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO)¹⁸ po kojem na ništetnost sud pazi po službenoj dužnosti.¹⁹ Tradicionalni pristup u sudskoj praksi bio je da se odredbe ZOO o kontroli ništetnosti po službenoj dužnosti nisu primjenjivale u ovršnim postupcima. U ovršnom postupku se, u pogledu postojanja i svojstava tražbine koja se naplaćuje u ovršnom postupku, primjenjuje načelo strogog formalnog legaliteta, te se postojanje tražbine utvrđuje na temelju ovršne odnosno vjerodostojne isprave.²⁰

Značajan „preokret“ u pogledu *ex officio* kontrole nepoštenosti u ovršnom postupku učinjen je zaključkom Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 11. ožujka 2022. godine donesenom na sastanku predsjednika Građanskih odjela županijskih sudova i Građanskog odjela Vrhovnog suda kad je zaključeno sljedeće: „*U ovršnim postupcima u kojima se ovrha određuje i provodi na temelju ovršnih isprava koje nisu prošle sudsku kontrolu (rješenje o ovrši na temelju vjerodostojne isprave, zadužnice, javnobilježnički akti ili solemnizirane privatne isprave i sl.), a koji proizlaze iz potrošačkih ugovora, ovršni sud je dužan po službenoj dužnosti preispitati sadrži li potrošački ugovor nepoštene (ništetne) ugovorne odredbe.*“²¹

U Nacrtu prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz travnja 2022. godine²² Vlada Republike Hrvatske predložila je da se u Ovršnom zakonu izričito urediti posebna obveza ovršnog suda da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima tijekom cijelog ovršnog postupka. Predložena odredba u usporedbi sa zaključkom Vrhovnog suda Republike Hrvatske još ekstenzivnije uređuje obvezu ovršnog suda u pogledu *ex officio* kontrole nepoštenosti u ovršnom postupku. Predlaže se da se Ovršni zakon dopuni novim člankom koji bi glasilo:

„Posebne odredbe o zaštiti potrošača u ovršnom postupku

Članak 73a

„(1) U ovršnim postupcima u kojima se ovrha određuje i provodi na temelju ovršnih isprava koje proizlaze iz potrošačkih ugovora, sud će po službenoj dužnosti tijekom cijelog postupka paziti na to

¹⁷ Direktiva 93/13/EEZ transponirana je u Zakon o zaštiti potrošača (NN, 19/22)

¹⁸ NN 35/05., 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

¹⁹ čl. 327/1 ZOO

²⁰ V. Dika, M.: Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Zagreb, 2007, s. 53

²¹ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Posl.br. Su IV-87/2022, Zagreb, 11. ožujak 2022, Izvod iz zapisnika sa stanaka predsjednika Građanskih odjela županijskih sudova i građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske održanog 11. ožujka 2022 u Zagrebu obj. na <http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/PravnaShvacanja-Zakljucci/GO-zakljucci/Su%20IV-87-2022.pdf> (stranica posjećena 2.7.2022)

²² Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Zagreb, travanj 2022, obj. na <https://esavjetovanja.gov.hr/Econ/MainScreen?EntityId=20852> (stranica posjećena 2.7.2022)

da se ovrha ne provede na temelju ništetnih odredaba potrošačkog ugovora.

(2) Sud će odbiti prijedlog za ovrhu protiv potrošača u dijelu koji se temelji na ništetnim odredbama potrošačkog ugovora.

(3) U povodu žalbe protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave i prigovora protiv rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave sud po službenoj dužnosti pazi na ništetne odredbe potrošačkog ugovora.

(4) Sud će odgoditi ovrhu protiv potrošača, dok ne ocijeni jesu li odredbe potrošačkog ugovora na temelju kojeg je pokrenuta ovrha ništetne.

(5) Sud će obustaviti ovrhu protiv potrošača u dijelu koji se temelji na ništetnim odredbama potrošačkog ugovora.”²³

U obrazloženju Nacrta prijedloga Vlada RH kao predlagatelj se poziva na Direktivu 93/13/EEZ i na sudsku praksu Suda Europske unije. Naglašava se da Ovršni zakon uređuje čitav niz pravnih lijekova (žalbu na rješenje o ovrsi, žalbu nakon proteka roka, prijedlog za odgodu ovrhe, tužbu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom) koje potrošač mora podnijeti u relativno kratkim rokovima kako bi zaštitio svoja potrošačka prava. Međutim, potrošač unatoč tome ne može biti siguran da će ishoditi odgodu ili obustavu ovrhe na temelju ništetne ugovorne odredbe. Predlagatelj je smatrao da je takvo normativno uređenje protivno ustaljenoj praksi Suda Europske unije.²⁴ Drugim riječima, predlagatelj je smatrao da aktualno uređenje pravnih lijekova u ovršnom postupku ne osigurava dovoljno efikasnu zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi i da je zbog toga potrebno izričito urediti obvezu ovršnog suda da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost ugovornih odredbi i to neovisno o tome u kojem je stadiju ovršni postupak.

Primjena u ovršnom postupku načela kontrole nepoštenosti ugovornih odredbi po službenoj dužnosti otvara čitav niz specifičnih pitanja vezanih za postupanje ovršnog suda, primjenu načela pravomoćnosti, načela dispozicije i oficijelnosti u ovršnom postupku, načela strogog formalnog legaliteta, kao i posebna pitanja vezana za postupanje drugih tijela koja sudjeluju u ovršnom postupku (npr. javnih bilježnika). Na neka od tih pitanja Sud Europske unije već je odgovorio u presudama u kojima je tumačio Direktivu 93/13/EEZ. Odgovori na neka pitanja ovise o tome kako je na nacionalnoj razini uređen ovršni postupak, kako su uređene isprave na temelju kojih se određuje ovrha, tko sve sudjeluje u ovršnom postupku i s kakvim ovlastima, kako su uređeni pravni lijekovi, privremene mjere radi odgode ovrhe i dr.

U tekstu se prikazuju najvažnije odluke Suda Europske unije u kojima je Sud tumačio Direktivu 93/13/EEZ u kontekstu zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku kako bi se, s obzirom na specifičnosti ovršnog postupka, specificirala posebna pravila za postupanje ovršnog suda prilikom prisilne naplate tražbine iz potrošačkih ugovora. Ta se pravila analiziraju u kontekstu novih trendova u hrvatskom pravu u pogledu *ex officio* kontrole nepoštenih odredbi u ovršnom

²³ Preuzeto iz Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Zagreb, travanj 2022

²⁴ V. Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, s. 4.

postupku, a posebno u kontekstu zaključka Vrhovnog suda Republike Hrvatske i aktualnih zakonskih prijedloga da se u Ovršnom zakonu izričito uredi obveza ovršnog suda da po službenoj dužnosti. Najvažnije pitanje koje se pritom postavlja jest da li je izričito uređenje obveze *ex officio* kontrole nepoštenosti u ovršnom postupku sa stajališta pravne sigurnosti dobar pristup za uspostavu efikasnog sustava zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi.

2. Kontrola po službenoj dužnosti nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku u praksi Suda Europske unije

2.1. Postupanje ovršnog suda po službenoj dužnosti temeljem načela ekvivalentnosti

Koncept *ex officio* kontrole nepoštenosti ugovornih odredbi u ovršnom postupku Sud EU prvo je temeljio na tumačenju obveza nacionalnog suda da postupa sukladno načelu ekvivalentnosti. Sud je tumačio da je ovršni sud obavezan po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima uvijek kad je sud u ovršnom postupku dužan ili samo ovlašten *ex officio* postupati u ovršnom postupku temeljem odredbi nacionalnog prava o zaštiti javnog poretka ili temeljem kogentnih odredbi nacionalnog prava. Ako primjenjujući *mutatis mutandis* nacionalne odredbe o postupanju po službenoj dužnosti u ovršnom postupku, ovršni sud utvrdi da je ugovorna odredba nepoštena, njegova odluka u ovršnom postupku trebala bi se temeljiti na pravilu da nepoštena ugovorna odredba ne obvezuje potrošača.²⁵ Tako bi npr. ako tražbina koja se namiruje u ovršnom postupku proizlazi iz nepoštenih ugovorne odredbi ovršni sud trebao odbiti provesti ovrhu. Tumačenje Suda temelji na konceptu da se EU pravila o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi kogentne odredbe izjednačene s pravilima nacionalnog prava o zaštiti javnog poretka odnosno kogentnim odredbama nacionalnog prava koje se primjenjuju po službenoj dužnosti. Glavno je pravilo da prilikom zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi koju pruža EU pravo potrošač ne smije biti stavljen u nepovoljniji položaj od onog kad se zaštita njegovih subjektivnih prava koje mu priznaje nacionalno pravo osigurava *ex officio* primjenom nacionalnih pravila javnog poretka i kogentnih odredbi u sličnim predmetima. Takav se ekvivalentni standard zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi zahtijeva u svim sudskim postupcima (parnični, ovršni, stečaj potrošača i dr) i u svim stadijima svakog sudskog građanskog postupku (npr. prilikom odlučivanja o presudi zbog izostanka, presudi zbog ogluhe, žalbi i sl).²⁶

Sukladno načelu ekvivalentnosti zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku mora biti ekvivalentna zaštiti koja se potrošaču pruža u

²⁵ čl. 6/1 Direktive 93/13/EEZ

²⁶ V. Komisija Europske unije: Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (2019/C 323/04), obj. na [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&from=ES) stranica posjećena 2.7.2022

Za *ex officio* postupanje prvostupajnskog suda u postupku donošenja presude zbog izostanka presudu od 17. svibnja 2018, C-147/16, Karel de Grote, ECLI:EU:C:2018:320

Za *ex officio* postupanje drugostupajnskog suda u postupku povodom žalbe v. presudu od 30. svibnja 2013., C-488/11, Asbeek Brusse, ECLI:EU:C:2013:341

sličnim ovršnim predmetima po nacionalnom pravu. U svakom konkretnom slučaju nacionalni ovršni sud morat će, stoga, procijeniti, s obzirom na svrhu i obilježja pravnih sredstava koja se koriste u sličnim slučajevima tj. da li se potrošaču osigurava ekvivalentna zaštita od nepoštenih odredbi koja bi mu bila pružena u sličnim ovršnim predmetima. Ta obveza vrijedi za ovršni sud čak i onda kad se potrošač, iako je to mogao, nije u ovršnom postupku ili u postupku koji je prethodio ovršnom postupku pozvao na zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi, kad je potrošač bio potpuno pasivan pa nije u zakonskim rokovima osporio odluku na temelju koje se provodi ovrha ili uopće nije sudjelovao u postupku u kojem je takva ovršna isprava donesena. Ovršni sud mora *ex officio* postupati i kad su potrošaču bili dostupni efikasni pravni lijekovi protiv odluke na temelju koje se provodi ovrha i protiv odluka u ovršnom postupku osiguravaju efikasnu zaštitu. Da bi ovršni sud postupak pozivom na načelo ekvivalentnosti nije nužno da prethodno provodi test efikasnosti sudske zaštite koja po nacionalnom pravu stoji na raspolaganju potrošača. Za kontrolu nepoštenosti od strane ovršnog suda po službenoj dužnosti pozivom na načelo ekvivalentnosti dovoljno je da u nacionalnim pravu propisana obveza ili ovlaštenje ovršnog suda da *ex officio* primjenjuje u sličnim slučajevima nacionalno pravo radi zaštite javnog poretka odnosno da *ex officio* primjenjuje kogentne odredbe nacionalnog prava. Tako je npr. Sud u predmetu C-40/08, *Asturcom*²⁷ tumačio da ovršni sud kad provodi ovrhu protiv potrošača na temelju pravomoćnog i ovršnog arbitražnog pravorijeka mora, kad za to raspolaže pravnim i činjeničnim elementima, po službenoj dužnosti kontrolirati da li je arbitražna klauzula nepoštena ako je ovlašten u postupku ovrhe po službenoj dužnosti kontrolirati da li je arbitražna klauzula na temelju koje je donesen pravomoćni i ovršni arbitražni pravorijek suprotna domaćem javnom poretku. Kasnije je Sud u predmetu C-76/10, *Pohotovost*²⁸ tumačio da je ovršni sud obavezan po službenoj dužnosti kontrolirati i druge odredbe potrošačkog ugovora, a ne samo arbitražnu klauzulu, na temelju kojeg je donesen pravomoćni i ovršni arbitražni pravorijek ako takvu kontrolu može provoditi u sličnim domaćim slučajevima.

U kojoj će se mjeri u ovršnom postupku potrošaču pozivom na načelo ekvivalentnosti pružiti *ex officio* zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi ovisit će u konačnici o tome da li je i, ako da, u kojoj mjeri nacionalnim ovršnim postupkom uređena obveza ovršnog suda da po službenoj dužnosti primjenjuje kogentne odredbe i odredbe kojima se štiti nacionalni javni poredak. Što su ovlasti ovršnog suda da po službenoj dužnosti primjenjuje nacionalno pravo radi zaštite javnog poretka u ovršnom postupku veće to će i zaštita potrošača od nepoštenih odredbi u ovršnom postupku biti veća. Pritom će razinu zaštite potrošača, kao i drugih stranaka u ovršnom postupku, determinirati sva ostala pravila ovršnog postupka, posebno pravila o pravnim lijekovima kojima stranke mogu osporavati odluku ovršnog suda donesenu na temelju *ex officio* primjene nacionalnih odredbi o zaštiti javnog poretka. Kod *ex officio* kontrole nepoštenosti provedene u ovršnom postupku pozivom na načelo ekvivalentnosti na odgovarajući se način primjenjuju sve odredbe nacionalnog

Za *ex officio* postupanje prvostupanskog suda u postupku u kojem je osporen arbitražni pravorijek, ali nisu osporene nepošteno ugovorne odredbe v. presudu od 26. listopada 2006., C-168/05, *Mostaza Claro*, ECLI:EU:C:2006:675

²⁷ presuda od 6. listopada. 2009., C-40/08, *Asturcom*, ECLI:EU:C:2009:615

²⁸ rješenje od 16. studenog 2010., C-76/10, *Pohotovost*, ECLI:EU:C:2010:685

ovršnog postupka koje i za slične slučajeve uređuju postupanje suda po službenoj dužnosti, odluke koje ovršni sud tada donosi, postupak donošenja tih odluka, pravne lijekove u ovršnom postupku, odgodu ovrhe, privremene mjere i dr. Čini se, stoga, da u praksi *ex officio* postupanje ovršnog suda pozivom na načelo ekvivalentnosti ne bi trebalo biti razlog pretjerano velike neizvjesnosti i nesigurnosti za stranke koje sudjeluju u ovršnom postupku. Ako su stranke upoznate s tim da se odredbe o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi smatraju ekvivalentnom nacionalnim odredbama o zaštiti javnog poretka, moraju biti spremne na to da će ovršni sud postupati na isti način kao i kad u sličnim predmetima *ex officio* primjenjuje odredbe nacionalnog javnog poretka.

2.2. Postupanje ovršnog suda po službenoj dužnosti temeljem načela efikasnosti

Načelo efikasne zaštite pojedinačnih subjektivnih prava dodijeljenih pravom Unije na odgovarajući se način primjenjuje i u ovršnim postupcima koje vode nacionalni sudovi. Kad se provodi ovrha protiv potrošača, načini provedbe ovrhe uređeni nacionalnim pravom ne smiju učiniti nemogućnim ili pretjerano otežanim ostvarivanje potrošačkih prava dodijeljenih pravom Unije.²⁹ Svaka odredba nacionalnog procesnog prava mora doprinositi efikasnoj zaštiti subjektivnih prava potrošača. Procjenu efikasnosti zaštite provodi nacionalni sud koji vodi ovršni postupak. Procjena efikasnosti zaštite koja se ostvaruje temeljem određene odredbe nacionalnog ovršnog prava provodi se u svakom konkretnom slučaju s obzirom na okolnosti tog slučaja. U obzir se moraju uzeti mjesto te odredbe u cjelokupnom postupku, posebno s obzirom na odvijanje i posebnosti postupka, te načela na kojima se temelji nacionalni pravosudni sustav kao što su npr. načelo pravne sigurnosti, načelo pravomoćnosti, nesmetano odvijanje postupka i sl.³⁰ Kad se u ovršnom postupku moraju štiti prava potrošača u pogledu nepoštenih ugovornih odredbi od posebne je važnosti da nacionalni sud procijeni kako pravno uređenje pravnih lijekova u ovršnom postupku utječe na efikasnu pravnu zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi. Pravni lijekovi u ovršnom postupku moraju biti uređeni na način koji osigurava njihovo korištenje pod razumnim uvjetima tj. bez ograničenja koja u praksi onemogućuju ili pretjerano otežavaju ostvarivanje potpune pravne zaštite prava potrošača. S druge strane, važna je i procjena da li postoji opravdani rizik i nezanemariva opasnost da potrošač neće koristiti pravne lijekove zbog nedostatka znanja o svojim pravima ili nedovoljne informiranosti o činjenicama važnim za korištenje pravnih lijekova, jer to u konačnici može dovesti do prisilnog namirenja tražbine premda ona proizlazi iz nepoštene ugovorne odredbe.³¹ U slučajevima kad se u ovršnom postupku primjenom nacionalne odredbe ovršnog prava ne može osigurati efikasna i potpuna zaštita potrošača od nepoštenih odredbi, ovršni sud bio bi obavezan ne primijeniti tu odredbu nacionalnog prava i, ako je to potrebno, po

²⁹ V. npr. presudu od 18. veljače 2016., C-49/14, Finanmadrid, ECLI:EU:C:2015:746, t. 40; presudu od 26. lipnja 2019., C-407/18, Addiko Bank, ECLI:EU:C:2019:537, t. 46

³⁰ v. presudu od 26. lipnja 2019., C-407/18, Addiko Bank, ECLI:EU:C:2019:537, t. 48

³¹ V. Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, s. 50, 51

službenoj dužnosti provesti kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi i to najkasnije do početka provođenja ovrhe.³²

U ovršnim predmetima u kojima se radi zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi zahtijeva postupanje ovršnog suda po službenoj dužnosti pozivom na načelo efikasnosti, ovršni sud mora, međutim, postupati na drugačiji način nego kad sud po službenoj dužnosti postupa temeljem načela ekvivalentnosti. Da bi ovršni sud *ex officio* postupao pozivom na načelo ekvivalentnosti dovoljno da utvrdi da u sličnim domaćim slučajevima sud ima obvezu ili mogućnost postupati službenoj dužnosti. *Ex officio* postupanje ovršnog suda temeljem načela efikasnosti zahtijeva, međutim, od ovršnog suda da u svakom konkretnom slučaju provede test efikasnosti. Ovršni sud obavezan je utvrditi da li se nacionalnim ovršnim postupkom osigurava efikasna zaštita potrošača od nepoštenih odredbi odnosno da li je postoji nezanemariva opasnost da potrošač neće zahtijevati zaštitu svojih prava zbog toga što se ovrha zahtijeva na temelju nepoštenih ugovornih odredbi. Takav se test efikasnosti provodi uz uvažavanje autonomnih europskih standarda zaštite prava potrošača i ciljeva koji se na razini Unije moraju ostvariti harmoniziranom zaštitom potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi. Za ovršni sud nisu odlučni nacionalni standardi zaštite subjektivnih prava u ovršnom postupku niti nacionalni standardi zaštite potrošača. Za test efikasnosti isključivo su mjerodavni standardi zaštite subjektivnih prava i temeljnih prava u EU pravu koji su često determinirani drugačijim okolnostima od onih koji utječu na standarde zaštite subjektivnih prava u nacionalnom pravu (npr. ciljevi Unije, funkcioniranje unutarnjeg tržišta, zaštita temeljnih prava Unije i sl). Upravo zbog toga je za nacionalne sudove od posebne važnosti kako se u praksi Suda tumače standardi zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku. Iz prakse Suda proizlazi da za test efikasnosti mogu biti relevantne različite okolnosti kao što su npr. visina troškova i sudskih pristojbi, dužina rokova za ulaganje pravnih lijekova, obaveznost zastupanja od strane odvjetnika, razlozi za ulaganje pravnih lijekova, obveze potrošača u pogledu obrazloženja žalbe ili prigovora protiv rješenja o ovrsi, dostupnost privremenih mjera za odgodu ovrhe, pretpostavke za odgodu ovrhe, utjecaj tužbe radi nedopuštenosti ovrhe na provedbu ovrhe, informiranost potrošača o pravnoj osnovi i visini tražbine, razlozi za podnošenja pravnih lijekova i sl.³³

U svojoj bogatoj sudskoj praksi Sud je tumačio čitav niz okolnosti koje ukazuju na to da, s obzirom na europske standarde, nacionalno pravo ne osigurava efikasnu zaštitu potrošača u ovršnom postupku zbog čega su nacionalno sudovi obavezni na *ex officio* kontrolu nepoštenosti u ovršnom postupku. U najvećem broju slučajeva radilo se o ovršnim postupcima koji su se protiv potrošača vodili na temelju odluke donesene povodom zahtjeva za izdavanje platnog naloga i o ovršnim postupcima protiv potrošača radi namirenja tražbine prodajom stambene nekretnine na kojoj je bilo osnovano založno pravo radi osiguranja stambenog kredita. Problem efikasne zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u takvim se postupcima prvenstveno javio zbog toga je redovni i kontradiktorni parnični postupak bio „preskočen“ pa prije ovršnog postupka nije bila niti moguća sudska

³² V. npr. presudu od 13. rujna 2018., C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:711, t. 44, 61-64; presudu od 18. veljače 2016., C-49/14, Finanmadrid, ECLI:EU:C:2015:746, t. 45,46

³³ V. Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, s. 52-57

kontrola nepoštenosti ugovornih odredbi. Do pokretanja ovršnog postupka niti jedan nacionalni sud nije bio u mogućnosti na prigovor potrošača ili po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi na kojima se temelji tražbina koja se namiruje u ovršnom postupku. S jedne strane radilo se o slučajevima u kojima je ovrši prethodio sumaran i strogo formalan postupak donošenja ovršne isprave na temelju prijedloga za izdavanje platnog naloga. S druge strane, radilo se o ovrhama koje su se provodile radi namirenja tražbina osiguranih založnim pravom osnovanim na temelju isprave (npr. javnobilježničkog akta) koja je u trenutku dospijeća kredita odmah postala ovršna isprava bez da se prethodno vodio parnični postupak. U takvim se slučajevima pokazalo da u nekim nacionalnim ovršnim postupcima (posebno u španjolskom pravu) postoje značajni deficiti koje ugrožavaju ostvarivanje efikasne zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi. Ti su deficiti proizlazili upravo iz okolnosti da je ovršni postupak bio prvi sudski postupak u kojem je potrošač uopće imao mogućnost osporavati nepoštenost ugovornih odredbi na kojima se temelji tražbina koja se prisilno namiruje.

U pogledu ovršnih postupaka na temelju platnog naloga iz sudske prakse Suda proizašlo je da problemi se efikasnom zaštitom potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi mogu nastati već zbog toga što je postupak izdavanja platnog naloga uređen na način da se odluka o platnom nalogu donosi u strogo formalnom postupku u kojem sud odnosno drugo tijelo koje donosi platni nalog nisu ovlašteni kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi već samo zakonom određene formalne pretpostavke u pogledu isprave na temelju koje se zahtijeva izdavanje platnog naloga. Problemi tada mogu nastati zbog toga što kontrola nepoštenosti u postupku izdavanja platnog naloga ovisi isključivo o tome da li je potrošač u prigovoru protiv platnog naloga prigovorio nepoštenosti ugovornih odredbi i time inicirao parnični postupak u kojem se, između ostalog, raspravlja i o nepoštenosti ugovornih odredbi. U slučaju pasivnosti potrošača tj. ako potrošač ne uloži prigovor, s obzirom da nacionalni sud nije ovlašten ispitivati nepoštenost ugovornih odredbi, postoji rizik da sud izda platni nalog koji se temelji na nepoštenim odredbama koji će kasnije, kad postane pravomoćan i ovršan, biti osnova za ovrhu protiv potrošača. Da li se u takvim slučajevima zahtijeva od suda koji izdaje platni nalog da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost ugovornih odredbi ovisi o procjeni da li nacionalne odredbe uređuju podnošenje prigovora protiv platnog naloga na način kojim se osigurava efikasna zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi. Ključno je pitanje da li su pretpostavke za podnošenje prigovora uređene na način koji ne otežava potrošaču podnošenje prigovora odnosno na način koji ne predstavlja rizik da se potrošač neće koristiti pravnim lijekovima. Za test efikasnosti bit će važno u kojem se roku može podnijeti prigovor i uz koje pretpostavke, te uz koliko troškove. U predmetu C-618/10, *Banco Español*³⁴ Sud je tumačio da rok od 20 dana za podnošenje prigovora uz okolnost da je obavezno podnošenje prigovora putem odvjetnika predstavlja značajan rizik da potrošač neće uložiti prigovor. U takvim okolnostima suprotno načelu efikasnosti nacionalno pravo koje zabranjuje sudu koji odlučuje o platnom nalogu da *ex officio* kontrolira nepoštenost ugovornih odredbi iako za takvu kontrolu ima sve činjenične i pravne elemente. U takvom slučaju nacionalni sud ne bi trebao primijeniti odredbu nacionalnog prava koja mu zabranjuje *ex officio* kontrolu nepoštenosti već bi na temelju

³⁴ presuda od 14 srpnja 2012., C-618/10, Banco Español, ECLI:EU:C:2012:349

raspoloživih činjeničnih i pravnih elemenata trebao provesti kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi kako bi odlučio o osnovanosti zahtjeva za izdavanje platnog naloga. S druge strane, ako platni nalog donosi tijelo koje zbog toga što nije sud ne može provesti kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi (npr. sudski službenik), kontrolu nepoštenosti morao bi u fazi ovrhe *ex officio* provesti ovršni sud koji odlučuje o ovrshi na temelju platnog naloga. Za efikasnu zaštitu potrošača važno je da nacionalno pravo, s jedne strane, uređuje zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi putem prigovora potrošača koji se može podići uz razumne postupovne pretpostavke ili zaštitu putem *ex officio* kontrole nepoštenosti u ovršnom postupku koji se provodi na temelju platnog naloga. Sud je u predmetu u predmetu C-49/14, *Finanmadrid*³⁵ tumačio da je suprotna načelu efikasnosti nacionalna odredba koja zabranjuje ovršnom sudu da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost ugovorne odredbe prilikom odlučivanja o prijedlogu za ovrhu kad je odluku o platnom nalog donijelo tijelo koje nije nadležno provesti takvu kontrolu. Sud je tako potvrdio da pravo Unije ne isključuje nacionalna pravila koja određuju da ovršnu ispravu sastavljanja tijelo koje nije nadležno za kontrolu nepoštenosti ugovorne odredbe, jer nema svojstvo suda. No, tada potrošaču mora na drugi način biti osigurana efikasna i potpuna sudska zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi bilo u parničnom bilo u ovršnom postupku. Sukladno tome je Sud i u presudi C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*³⁶ tumačio da nije protivno pravu Unije da javni bilježnik sastavlja ispravu i stavlja potvrdu ovršnosti na ispravu bez provođenja kontrole nepoštenosti ugovornih odredbi ako se zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi mora ostvarivati u sudskom postupku. Međutim, Sud je u presudi C-448/17, *EOS KSI Slovensko*³⁷ tumačio da, ako je izdavanje platnog naloga povjereno tijelu koje nema status suca i koje zbog toga nema ovlaštenje za kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi prilikom izdavanja platnog naloga, efikasna zaštita potrošača zahtijeva da se uredi mogućnost ulaganja prigovora pod razumnim okolnostima odnosno *ex officio* kontrola nepoštenosti u ovršnom postupku. Sud je u tom predmetu tumačio da su suprotna načelu efikasnosti nacionalna pravila kojima je uređen rok za prigovor od 15 dana i kojima se zahtijeva meritorno obrazloženje prigovora u okolnostima u kojima ovršni sud nema ovlasti *ex officio* kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi. Tada, naime, postoji nezanemariv rizik da potrošač neće podnijeti prigovor i da će, ako se u ovršnom postupku *ex officio* ne provodi kontrola nepoštenosti, izostati sudska zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi. Isto je tako u predmetu C-176/17, *Profi Credit Polska*³⁸ Sud smatrao da se, ako sud nema ovlasti *ex officio* kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi, prigovorom protiv platnog naloga izdanim na temelju mjenice ne ostvaruje efikasna zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi kad je rok za prigovor dva tjedna od dostave rješenja o izdavanju platnog naloga i ako se moraju podnijeti činjenice i dokazi na temelju kojih sud odlučuje o prigovoru, te ako potrošač mora snositi 3/4 sudskih troškova ako podnese prigovor tj. ako je u pogledu plaćanja troškova u slabijem položaju od trgovca koji snosi tek 1/4 troškova. Naposljetku, Sud je u predmetu C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*³⁹ tumačio da u slučajevima kad je nacionalnim pravom određeno da

³⁵ presuda od 18. veljače 2016., C-49/14, *Finanmadrid*, ECLI:EU:C:2015:746

³⁶ presuda od 01. listopada 2014., C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*, ECLI:EU:C:2015:637

³⁷ presuda od 20. rujna 2018., C-448/17, *EOS KSI Slovensko*, ECLI:EU:C:2018:745

³⁸ presuda od 13. rujna 2018., C-176/17, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2018:711

³⁹ presuda 30. lipnja 2022., C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, ECLI:EU:C:2022:518

potrošač sve do izdavanja platnog naloga uopće nema položaj stranke u postupku, pa time i nema mogućnost podnošenja pravnog lijeka, sud koje izdaje platni nalog obavezan po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi u potrošačkom ugovoru i djelomično odbiti zahtjev za izdavanje platnog naloga u dijelu u kojem se temelji na nepoštenim ugovornim odredbama. Na taj način nacionalni sud *ex officio* uspostavlja neobvezujuće učinke nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom odnosu između potrošača i trgovca.

Standarde efikasne zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi u postupcima prisilnog namirenja hipotekarne tražbine Sud je najčešće tumačio u slučajevima u kojima je ovršni sud, zbog toga što se ovrha provodila na temelju ovršnog javnobilježničkog akta, bio prva sudska instanca pred kojom je uopće bilo moguće provesti sudsku kontrolu nepoštenosti. Za procjenu efikasnosti zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi opet je presudno uređenje pravnih lijekova kojima potrošač u ovršnom postupku može osporavati nepoštenost ugovornih odredbi. Pravni lijekovi trebali bi osigurati efikasnu zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi prije provedbe ovrhe (tzv. *ex ante* zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi). Zbog toga je važno utvrditi da li se u ovršnom postupku može osigurati potrošaču zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi sukladno Direktivi 93/13/EEZ prije nego što bude na dražbi prodana stambena nekretnina, jer se samo na taj način može spriječiti nepovratan gubitak stambene nekretnine. To je važno ne samo zbog toga što se neobvezujući učinci nepoštene ugovorne odredbe u pravnom odnosu između trgovca i potrošača mogu uspostaviti jedino ako tražbina još nije realizirana već i zbog toga što se na taj način osigurava i efikasna zaštita temeljnih prava potrošača u pogledu prava na dom i prava na efikasan pravni lijek. Ovršni sud morao bi tada provesti dvostruki test efikasnosti U prvom koraku je potrebno utvrditi da li potrošaču u ovršnom postupku stoji na raspolaganju efikasan pravni lijek (žalba ili prigovor) kojim može u ovršnom postupku osporavati nepoštenost ugovornih odredbi. Važno je utvrditi da li je uopće moguće, s obzirom na to kako su uređeni razlozi za ulaganje pravnog lijeka, u ovršnom postupku pravnim lijekom osporavati nepoštenost ugovornih odredbi i, ako da, da li je pravno uređenje tog pravnog lijeka u pogledu rokova, troškova, zahtjeva za obrazloženjem, informiranosti potrošača i dr. predstavlja značajan rizik da potrošač neće koristiti pravni lijek. Drugi korak provodi se ako se u ovršnom postupku pravnim lijekom ne može osporavati nepoštenost ugovornih odredbi već je to moguće samo u parničnom postupku tužbom radi nedopuštenosti ovrhe. Tada je potrebno utvrditi da li ovršni ili parnični sud mogu po službenoj dužnosti ili na prijedlog potrošača odgoditi ovrhu dok parnični sud ne donese odluku i, ako da, uz koje pretpostavke (samo na zahtjev potrošača, uz plaćanje jamstva i sl). U slučaju da odgoda ovrhe nije moguća iako je pokrenut parnični postupak, potrošaču se ne može osigurati efikasna zaštita jer prijeti opasnost da će se založena nekretnina prodati i prije okončanja parničnog postupka. Zaštita potrošača tada nije efikasna jer će u konačnici potrošač, ako se kasnije utvrdi da su ugovorne odredbe bile nepoštene, eventualno imati pravo na naknadu štete zbog gubitka nekretnine, ali ne i na povrat nekretnine koja je prodana trećoj osobi u ovršnom postupku. Takva se *ex post* zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi smatra nepotpunom i nedovoljnom.⁴⁰

⁴⁰Ako se nakon što je nekretnina prodana u ovršnom postupku vodi spor između kupca koji je na dražbi kupio nekretninu i potrošača (npr. radi iseljenja), u tom postupku ne može se više osporavati nepoštenost ugovorne odredbe u potrošačkom ugovoru iz kojeg je proizašla tražbina koja se prisilno namirila

Ako se efikasna zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi ne može osigurati odgovarajućim pravnim lijekom, a nacionalni ovršni sud nije ovlašten po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi nacionalno ovršno pravo nije u skladu s načelom efikasnosti. Isto tako nacionalno ovršno pravo neće biti u skladu s načelom efikasnosti ako su pretpostavke za odgodu ovrhe nakon pokretanja parničnog postupka radi utvrđenja da je ovrha nedopuštena zbog nepoštenosti ugovornih odredbi uređene na način da postoji rizik da potrošač neće zahtijevati odgodu, a ni parnični ili ovršni sud ne mogu po službenoj dužnosti odgoditi ovrhu. U svim navedenim slučajevima ovršni sud ne bi trebao primijeniti odredbu nacionalnog prava koja je suprotna načelu efikasnosti i u konačnici bi po službenoj dužnosti trebao kontrolirati nepoštenost ugovorne odredbe odnosno po službenoj dužnosti odrediti odgodu ovrhe ako je potrošač pokrenuo parnični postupak radi proglašenja ovrhe nedopuštenom zbog nepoštenih ugovornih odredbi. Ovakav koncept zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku Sud je pozivom na načelo efikasnosti postupno razvijao u velikom broju svoju presuda. Sud se rukovodio idejom da se u okviru ovršnog postupka efikasna zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi može ostvariti dva instrumenta – kontrolom nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku po službenoj dužnosti ili povodom pravnog lijeka kojim potrošač može u razumnim okolnostima osporavati nepoštenost ugovornih odredbi i/ili privremenom mjerom odgode ovrhe ako je potrošač pokrenuo parnični postupak radi utvrđenja nedopuštenosti ovrhe na temelju nepoštenih ugovornih odredbi. Sud je smatrao da se odgovarajućim pravnim uređenjem nekog od ta dva instrumenta i njihovom alternativnom primjenom može osigurati *ex ante* zaštita potrošača prije nego što se provede ovrha prodajom založene nekretnine.

Sukladno svemu tome Sud je u predmetu C-415/11, *Aziz*⁴¹ tumačio da je suprotna pravu Unije nacionalna odredba ovršnog postupka koja ne dopušta potrošaču da u ovršnom postupku pravnim lijekom osporava nepoštenost ugovorne odredbe ako je pritom zabranjeno parničnom sudu da po službenoj dužnosti odredbi privremenu mjeru odgode ovrhe dok traje parnica radi nedopuštenosti ovrhe. Kasnije je Sud u predmetu C-537/12, *Banco Popular Español*⁴² tumačio da je suprotna pravu Unije nacionalna odredba koja, s jedne strane, zabranjuje ovršnom sudu da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost ugovornih odredbi, a, s druge strane, zabranjuje ovršnom sudu da po službenoj dužnosti odredbi privremenu mjeru odgode ovrhe dok traje parnica radi nedopuštenosti ovrhe. Isto je tako prema tumačenju Suda suprotna pravu Unije i odredba nacionalnog prava koja u slučaju kad se nepoštenost ugovorne odredbe u ovršnom postupku ne može kontrolirati po službenoj dužnosti ili na prigovor potrošača odgodu ovrhe nakon pokrenutog parničnog postupka radi utvrđenja da je ovrha nedopuštena uvjetuje pretpostavkama koje odvrćaju potrošača da zahtijeva odgodu ovrhe. Isto je tako Sud u predmetu C-407/18, *Addiko Bank*⁴³

prodajom potrošačeve nekretnine. Poništenje akta o prodaji i učinaka prodaje dovelo bi u pitanje pravnu sigurnost prijenosa vlasništva na treću osobu (kupca na dražbi) koji je već izvršen. Zbog toga potrošač u takvim slučajevima mora imati pravo na naknadu štete uzrokovane ovršnom prodajom nekretnine. V. presudu od 17. svibnja 2022., C-600/19, *Ibercaja Banco SA*, ECLI:EU:C:2022:394, t. 53-59

⁴¹presuda od 13. ožujka 2013., C-415/11, *Aziz*, EU:C:2013:164

⁴²presuda od 14. studenog 2013., spojeni predmeti C-537/12 i C-116/13, *Banco Popular Español*, ECLI:EU:C:2013:759

⁴³presuda od 26. lipnja 2019., C-407/18, *Addiko Bank*, ECLI:EU:C:2019:537

tumačio da je sa stajališta načela efikasnosti, a u kontekstu ovrhe na temelju neposredno ovršnog javnobilježničkog akta, suprotna pravu Unije nacionalna odredba koja u ovrshi uopće ne dopušta kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi na prigovor potrošača ili po službenoj dužnosti i odgodu ovrhe po toj osnovi. No, čak i kad nacionalno pravo određuje mogućnost odgode ovrhe kad je pokrenut parnični postupak radi utvrđenja nedopuštenosti ovrhe važno je kako su nacionalnim pravom uređene pretpostavke za odgodu ovrhe. Te pretpostavke ne smiju otežavati položaj potrošača i odvratiti ga od podnošenja zahtjeva za odgodu ovrhe. Tako je npr. u predmetu C-725/19, *Impuls Leasing România*⁴⁴ Sud tumačio da je suprotno načelu efikasnosti i pravu Unije nacionalno pravilo koje odgodu ovrhe uvjetuje plaćanjem jamstva u iznosu koji može odvratiti potrošača od podnošenja tužbe i zahtijevanja odgode ovrhe (npr. u iznosu koji se izračunava na temelju vrijednosti predmeta spora). Za očekivati je, naime, da potrošač protiv kojeg se vodi ovrha zbog toga što nije platio kredit ne raspolaže financijskim sredstvima za plaćanje jamstva za odgodu ovrhe, posebno kad je vrijednost predmeta spora viša od ukupne vrijednosti ugovora.

Sva navedena tumačenja Suda o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku dosljedna su razrada već ranijih tumačenja glavnih pravila iz Direktive 93/13/EEZ koja je Sud u početku tumačio u kontekstu parničnog postupka. Zbog toga je i u okviru tumačenja efikasne zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku Sud smatrao da je *ex officio* kontrola nepoštenosti koju provodi nacionalni ovršni sud, ako ne postoje drugi efikasni pravni instrumenti, krajnja mjera kojom se u ovršnom postupku osigurava nepoštenost ugovornih odredbi. Međutim, Sud je tumačeći koncept *ex officio* kontrole nepoštenosti u ovršnom postupku morao odgovoriti i na neka specifična pitanja koja se u pogledu *ex officio* postupanja suda javljaju samo u ovršnom postupku zbog specifičnosti tog postupka. S jedne strane, Sud je morao tumačiti i kako se u okviru ovršnog postupka primjenjuje pravilo da sud mora po službenoj dužnosti provesti kontrolu nepoštenosti ako za to ima pravne i činjenične elemente. U tom je smislu Sud morao tumačiti kako bi trebao postupati ovršni sud kad na temelju isprava na temelju kojih je određena ovrha nema dovoljno elemenata za *ex officio* kontrolu nepoštenosti odnosno kakve bi ovlasti u takvom slučaju trebao imati ovršni sud u pogledu utvrđivanja činjenica i provođenja dokaza. To je pitanje posebno važno u slučajevima u kojima nacionalno pravo ne obvezuje vjerovnika da prijedlogu za ovrhu priloži potrošački ugovor iz kojeg proizlazi tražbina koja se prisilno namiruje. To je pitanje važno i zbog toga što njegovo tumačenje utječe na primjenu načela dispozicije u sudskim građanskim postupcima, a posebno na načelo strogog formalnog legaliteta na kojem se temelji ovršni postupak. S druge strane, bilo je potrebno tumačiti kako na koncept efikasne kontrole nepoštenosti ugovornih odredbi u ovršnom postupku utječe načelo pravomoćnosti, jer se ovršni postupak pokreće se na temelju pravomoćnih i ovršnih isprava na koje se primjenjuju nacionalna pravila o učincima pravomoćnosti.

Glavno pravilo da je nacionalni sud obavezan *ex officio* izvesti dokaze i utvrđivati da li se radi o potrošačkom ugovoru i da li se zahtjev temelji na ugovornoj odredbi koja po Direktivi 93/13/EEZ može biti predmet kontrole nepoštenosti. U tom je slučaju nacionalni sud po službenoj dužnosti obavezan kontrolirati nepoštenost ugovorne odredbe ako za to ima činjenične i pravne elemente. Problemi s efika-

⁴⁴ presuda od 17. svibnja 2022., C-725/19, *Impuls Leasing România*, ECLI:EU:C:2022:396

snom zaštitom potrošača u praksi nastaju u sudskim postupcima u kojima nacionalni sudovi nemaju dovoljno činjeničnih i pravnih elemenata za kontrolu nepoštenosti. To će posebno biti slučaj u strogo formalnim postupcima kao što su npr. postupak izdavanja platnog naloga i ovršni postupka. Zbog toga je Sud je prilikom tumačenja načela efikasnosti u kontekstu *ex officio* kontrole nepoštenosti u nekoliko svojih odluka „ublažio“ svoje tumačenje da se kontrola provodi samo ako sud raspolaže pravnim i činjeničnim elementima. Sud je tumačio da je u određenim slučajevima nacionalni sud obavezan po službenoj dužnosti poduzeti mjere izvođenja dokaza kako bi došao do dovoljno elemenata za procjenu nepoštenosti ugovorne odredbe. Sud je tako u predmetu C-511/17, *Lintner*⁴⁵ tumačio postupanje parničnog suda koji nema dovoljno elemenata za kontrolu nepoštenosti, jer pravni i činjenični elementi koji se nalaze u spisu samo ukazuju na ozbiljnu sumnju u nepoštenost ugovornih odredbi na koje se potrošač nije pozvao, a u povezane su s predmetom spora. U takvom je slučaju parnični sud obavezan po službenoj dužnosti poduzeti mjere izvođenja dokaza radi dopune spisa i zatražiti od stranaka da podnesu potrebne dokumente i da iznesu pojašnjenja u skladu s načelom kontradiktornosti. Obveza *ex officio* kontrole nepoštenosti obuhvaća tada i obvezu izvođenja potrebnih dokaza.⁴⁶ Kasnije je Sud pozivom na tu presudu u predmetu C-807/19, *DSK Bank*⁴⁷ tumačio da bi se isto pravilo primjenjivalo i u postupku izdavanja platnog naloga. Ako sud koji odlučuje o zahtjevu za izdavanje platnog naloga na temelju isprava koje su priložene zahtjevu samo pretpostavlja da su ugovorne odredbe nepošteno, a ne može provesti konačnu ocjenu, sud može, ako potrošač nije podnio prigovor, prema potrebi i po službenoj dužnosti zahtijevati da vjerovnik priloži odgovarajuće dokaze (npr. isprave) i informacije kako bi proveo kontrolu nepoštenosti. Isti razlozi vrijedili bi i za ovršni postupak kad je ovršni sud obavezan po službenoj dužnosti kontrolirati nepoštenost ugovornih odredbi ako potrošač nije pravnim lijekom osporio nepoštenost ugovornih odredbi odnosno ako potrošač nije podnio pravni lijek. U konačnici bi to značilo da bi ovršni sud prvo morao po službenoj dužnosti provoditi dokaze i utvrđivati da li se radi o tražbini koja proizlazi iz potrošačkog ugovora i da li ugovorna odredba na kojoj se temelji tražbina može biti predmet kontrole nepoštenosti. Da bi to bilo moguće u brojnim će slučajevima ovršni sud morati od vjerovnika zahtijevati da u spis priloži potrošački ugovor iz kojeg proizlazi tražbina. Pritom, ako priložene isprave ukazuju samo na ozbiljnu sumnju da se tražbina temelji na nepoštenim ugovornim odredbama ovršni sud bi mogao od vjerovnika zahtijevati i druge dokaze i isprave kako bi mogao provesti konačnu ocjenu nepoštenosti (npr. sporedne ugovore, dodatke ugovoru i sl).

Iz prakse Suda proizašlo je da je jedan od posebnih problema koji se javlja u kontekstu *ex officio* kontrole nepoštenosti ugovornih odredbi u ovršnom postupku okolnost da se ovrha provodi na temelju pravomoćne i ovršne isprave na koju se primjenjuju nacionalna pravila o načelu pravomoćnosti. Iz sudske prakse Suda pro-

⁴⁵ Presuda od 11. ožujka 2020., C-511/17, *Lintner*, ECLI:EU:C:2020:188

⁴⁶ U predmetu C-419/18, *Profi Credit Polska*, Sud je naglasio da takvo tumačenje nije suprotno načelu dispozitivnosti. Okolnost da nacionalni sud zahtijeva od vjerovnika podnošenje isprave koja služi kao temelj njegovog zahtjeva dio je postupka izvođenja dokaza s obzirom na to da takav zahtjev suda služi isključivo utvrđenju osnovanosti tužbe (t. 68). V. presudu od 7. studenoga 2019, spojeni predmeti C-419/18 i C-483/18, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2019:930, t. 52.

⁴⁷ rješenje od 26. studenog 2020, C-807/19, *DSK Bank*, ECLI:EU:C:2020:96

izlazi da se načelo pravomoćnosti smatra jednim od najvažnijih načela prava Unije kojima se osigurava pravna sigurnost, stabilnost prava i pravnih odnosa, te osiguranje dobrog sudovanja i pravednosti.⁴⁸ Načelo pravomoćnosti u tom se smislu može smatrati opravdanim ograničenjem za *ex officio* primjenu prava Unije iz kojeg proizlazi da ni zaštita potrošača u pravu Unije nije apsolutna.⁴⁹ Međutim, Sud je u nekoliko predmeta naglasio da se i nacionalna pravila o načelu pravomoćnosti moraju procjenjivati sa stajališta načela efikasnosti. Ako načelo pravomoćnosti predstavlja značajno ograničenje za efikasnu i potpunu primjenu prava Unije, načelu efikasnosti daje se prednost. U konačnici to može dovesti i do toga da se u određenim slučajevima načelo pravomoćnosti ne primjenjuje na način kako ga inače države članice autonomno uređuju.⁵⁰ Slijedom toga je Sud još u predmetu C-49/14, *Finanmadrid*⁵¹ tumačio da je nacionalno pravo koje zabranjuje ovršnom sudu da *ex officio* kontroli nepoštenost ugovorne odredbe suprotno načelu efikasnosti u slučajevima kad je rješenje o izdavanju platnog naloga postalo pravomoćno, a doneseno je u postupku u kojem potrošaču nije bio osiguran efikasni pravni lijek protiv tog rješenja.⁵² Drugim riječima, Sud je tumačio da okolnost da je rješenje o izdavanju platnog naloga postalo pravomoćno ne može biti razlog da se u ovršnom postupku ne provede sudska kontrola nepoštenosti ako ona nije bila na odgovarajući način osigurana u postupku izdavanja platnog naloga. U protivnom će kontrola nepoštenih ugovornih odredbi u potpunosti izostati.⁵³ Osim toga, Sud je smatrao da se čak i onda kad je u prethodnom sudskom postupku provedena kontrola nepoštenosti određenih odredbi ugovora i o tome donesena pravomoćna odluka, pravomoćnost već donesene odluke odnosi samo na one ugovorne odredbe koje su već bile predmet sudske kontrole. U predmetu C-421/14, *Banco Primus*⁵⁴ Sud je, pozivajući se na pravilo da se potrošaču mora pružiti efikasna i potpuna zaštita od svih nepoštenih odredbi u ugovoru, tumačio da okolnost da je jedna ili više odredbi bila predmet kontrole tijekom prethodnog sudskog postupka koji je okončan pravomoćnom odlukom ne sprječava u ovršnom postupku kontrolu drugih ugovornih odredbi po službenoj dužnosti ili na prigovor potrošača. Takav koncept efikasne zaštite u kontekstu načela pravomoćnosti zahtijeva, međutim, i da potrošač bude u sudskoj odluci donesenoj nakon što je provedena kontrola nepoštenosti transparentno informiran o provođenju te kontrole i o pravnim lijekovima koji mu stoje na raspolaganju. Slijedom toga je Sud je u predmetu

⁴⁸ V. npr. presudu od 16. ožujka 2006., C-234/04, Kapferer, ECLI:EU:C:2006:178; presudu od 17. svibnja 2022., spojeni predmeti C-693/19 i C-831/19, SPV Project 1503, ECLI:EU:C:2022:395; presudu od 17. svibnja 2022., C-600/19, Ibercaja Banco SA, ECLI:EU:C:2022:394

⁴⁹ više Josipović, T.: Privatno pravo Europske unije – opći dio, Zagreb, 2020, s. 537-542; Turmo, A.: National *res judicata* in the European union: revisiting the tension between the temptation of effectiveness and the acknowledgment of domestic procedural law, Common Market Law Review 58, 2021, s. 361.

⁴⁹ U kontekstu zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku koji se vodi na temelju pravomoćnog arbitražnog pravorijeka v. npr. presudu od 6. listopada. 2009., C-40/08, Asturcom, ECLI:EU:C:2009:615

⁵⁰ V. Turmo, A.: o.c., s. 370, 371

⁵¹ presuda od 18. veljače 2016., C-49/14, Finanmadrid, ECLI:EU:C:2015:746

⁵² V. i rješenje od 21. lipnja 2016., C-122/14, Aktiv Kapital Portfolio, ECLI:EU:C:2016:486

⁵³ V. Turmo, A.: o.c., s. 374

⁵⁴ presuda od 26. siječnja 2017, C-421/14, Banco Primus, ECLI:EU:C:2017:60

C-693/19, SPV Project 1503⁵⁵ izričito tumačio da se načelu efikasnosti protivni nacionalni propis temeljem kojeg ovršni sud ne može ispitivati nepoštenosti ugovornih odredbi kad se ovrha zahtjeva na temelju pravomoćnog platnog naloga protiv kojeg nije podnesen prigovor, jer pravomoćnost implicitno obuhvaća valjanost ugovornih odredbi iako u rješenju o izdavanju platnog naloga o tome ne postoji nikakvo obrazloženje. U predmetu C-600/19, Ibercaja Banco⁵⁶ Sud je ovo tumačenje još više specificirao. Sud je tumačio da se zbog učinaka pravomoćnosti ne može uvijek isključiti kontrola nepoštenosti po službenoj dužnosti ili povodom pravnog lijeka potrošača u istom ovršnom postupku ili u parničnom postupku radi utvrđenja nedopuštenosti ovrhe iako je ovršni sud već prilikom odlučivanja o prijedlogu za ovrhu po službenoj dužnosti ispitivao nepoštenost ugovornih odredbi. Sud je naglasio da je odlučno je da li je ovršni sud u rješenju o ovrsi izričito utvrdio da je po službenoj dužnosti kontrolirao nepoštenost ugovornih odredbi, da li je obrazložio razloge zbog kojih smatra da u ugovoru ne postoje nepoštene ugovorne odredbe, te da li je u rješenju o ovrsi izričito navedeno da protekom roka za prigovor potrošač više ne može osporavati nepoštenost ugovornih odredbi u ovršnom postupku. Ako rješenje o ovrsi ne sadrži obrazloženje, čak ni sažeto, iz kojeg bi proizlazilo da je ovršni sud proveo kontrolu nepoštenosti i ako sud nije naveo da se nakon proteka roka za prigovor više neće moći osporavati nepoštenost ugovornih odredbi, smatrat će se da potrošač nije bio potpuno informiran o provedenoj kontroli. Zbog toga potrošač nije bio u poziciji ocijeniti da li je potrebno podnijeti pravni lijek protiv rješenja o ovrsi. Slijedom toga će u takvom slučaju biti suprotna načelu efikasnosti nacionalna odredba koja isključuje mogućnost da se naknadno kontrolira nepoštenost kontrolira u ovršnom postupku po službenoj dužnosti ili povodom prigovora potrošača podnesenog nakon roka postupanje nacionalnog suda biti suprotno načelu efikasnosti. Drugim riječima, načelo efikasnosti zahtijeva da ovršni sud koji je po službenoj dužnosti proveo kontrolu nepoštenosti u rješenju o ovrsi barem sumarno obrazloži razloge zbog kojih smatra da su pojedine ugovorne odredbe poštene i da upozori potrošača da tu njegovu odluku može pobijati pravnim lijekom u određenom roku. Pravilo po kojem bi iz okolnosti da je ovršni sud donio rješenja o ovrsi proizlazilo i da ovršni sud smatra da su odredbe u potrošačkom ugovoru poštene nije sukladno načelu efikasnosti. Potrošaču tada nisu pružene informacije o razlozima zbog kojih je ovršni sud smatrao da su ugovorne odredbe poštene, a to mu otežava ili onemogućava osporavanje nepoštenosti ugovornih odredbi pravnim lijekovima u ovršnom postupku.

3. Zaključak

Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku temelji se na nekoliko važnih pravila koja je definirao Sud Europske unije u brojnim odlukama u kojima je tumačio Direktivu 93/13/EEZ u kontekstu ovršnih postupaka:

- prisilnoj naplati tražbine iz potrošačkog ugovora uvijek mora prethoditi sudska kontrola nepoštenosti ugovornih odredbi iz kojih proizlazi tražbina;
- ako sudska kontrola nije provedena u nekom ranijem sudskom postupku,

⁵⁵ presuda od 17. svibnja 2022., spojeni predmeti C-693/19 i C-831/19, SPV Project 1503, ECLI:EU:C:2022:395

⁵⁶ presuda od 17. svibnja 2022., C-600/19, Ibercaja Banco SA, ECLI:EU:C:2022:394

sudska kontrola mora biti provedena najkasnije u ovršnom postupku prije konačne provedbe ovrhe;

- zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi mora se osigurati i u slučaju izvansudskog prisilnog namirenja tražbine iz potrošačkog ugovora efikasnim pravnim lijekovima koji osiguravaju sudsku kontrolu nepoštenosti;⁵⁷
- kontrola nepoštenosti ugovornih odredbi u ovršnom postupku provodi se na zahtjev potrošača ili po službenoj dužnosti;
- pravni lijekovi kojima se potrošač može u ovršnom postupku štiti od nepoštenih ugovornih odredbi moraju biti uređeni na način da ne čine nemogućim ili pretjerano otežanim zaštitu prava iz Direktive 93/13/EEZ;
- *ex officio* kontrolu nepoštenosti ovršni sud obavezan je provesti ako pravni lijekovi u ovršnom postupku ne osiguravaju efikasnu zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi;
- *ex officio* kontrolu nepoštenosti ovršni sud provodi ako je u ovršnom postupku po službenoj dužnosti obavezan ili ovlašten primjenjivati kogentne odredbe nacionalnog prava i nacionalne odredbe kojima se osigurava zaštita javnog poretka;
- učinci pravomoćnosti sudske odluke kojom je prethodno provedena prethodna kontrola nepoštenosti određene ugovorne odredbe ne isključuju kontrolu drugih ugovornih odredbi u ovršnom postupku;
- učinci pravomoćnosti sudske odluke ne isključuju kontrolu ugovornih odredbi u ovršnom postupku ako potrošač nije imao na raspolaganju efikasan pravni lijek kojim je u postupku u kojem je donesena odluka mogao osporavati nepoštenost ugovornih odredbi;
- odluka ovršnog suda o prijedlogu za ovrhu čijem je donošenju prethodila *ex officio* kontrola nepoštenosti ugovornih odredbi mora biti barem sumarno obrazložena u pogledu ocjene nepoštenosti te potrošač mora biti upozoren da protekom roka za prigovor više neće biti moguće osporavati nepoštenost ugovornih odredbi;
- zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom se postupku mora provesti na način da se uspostave neobvezujući učinci nepoštene ugovorne odredbe (npr. potpunim ili djelomičnim odbijanjem ovrhe na temelju nepoštene ugovorne odredbe) i na način da se prevenira nepovratan gubitak nekretnine na kojoj se provodi ovrha (npr. privremenom mjerom odgode ovrhe na prijedlog potrošača ili po službenoj dužnosti dok se odlučuje o nepoštenosti ugovorne odredbe);
- ako iz činjeničnih i pravnih elemenata koji su dostupni ovršnom sudu proizlazi samo ozbiljna sumnja da je ugovorna odredba nepoštена, a potrošač nije ili ne može pravnim lijekom osporiti nepoštenost ugovorne odredbe, ovršni sud po službenoj dužnosti može od vjerovnika zahtijevati dodatne isprave i informacije radi konačne ocjene nepoštenosti ugovorne odredbe;
- na *ex officio* postupanje ovršnog suda u pogledu kontrole nepoštenosti i uređenja neobvezujućih učinaka nepoštene ugovorne odredbe

⁵⁷ v. presudu od 10. rujna 2014., C-34/13, Kušionová, ECLI:EU:C:2014:2189

primjenjuju se sva pravila koja je Sud tumačio i u okviru drugih sudskih postupaka (obavještanje stranaka o nepoštenoj ugovornoj odredbi radi izjašnjavanja, neprimjenjivanje nepoštene ugovorne odredbe osim ako se tome izričito protivi potrošač i dr).⁵⁸

O svim navedenim pravilima trebalo bi voditi računa prilikom uređenja ovršnog postupka koji se vodi protiv potrošača radi namirenja tražbina koje proizlaze iz potrošačkih ugovora. U kontekstu hrvatskog ovršnog prava ta bi pravila posebno trebala vrijediti kad se provodi ovrha na temelju vjerodostojne isprave. Tada bi se na odgovarajući način trebali uspostaviti svi standardi zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi koje je Sud tumačio za postupak donošenja platnog naloga. Isto bi se tako svi standardi zaštite koje je definirao Sud trebali uvažavati i prilikom provedbe ovrhe na temelju različitih ovršnih isprava, a posebno kad se ovrha provodi na temelju ovršnih isprava (npr. javnobilježničkog akta) koje su automatski postale ovršne u trenutku dospijeca tražbine bez prethodno vođenog parničnog postupka u kojem bi sud mogao u kontradiktornom postupku *ex officio* provesti kontrolu nepoštenosti. Kao i u većini citiranih odluka Suda iz kojih proizlaze standardi zaštite potrošača u ovršnom postupku i u hrvatskoj se sudskoj praksi protiv potrošača najčešće provode ovrhe na temelju rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave odnosno na temelju rješenja o ovrsi donesenom na temelju izravno ovršnog javnobilježničkog akta ili solemnizirane javnobilježničke isprave koji nisu do ovršnog postupka bili podvrgnuti nikakvoj sudskoj kontroli.

Pitanje je, međutim, da li se ti visoki standardi zaštite koje je definirao Sud mogu u hrvatskom ovršnom postupku osigurati uređenjem samo opće obveze ovršnog suda da po službenoj dužnosti tijekom cijelog ovršnog postupka pazi da se ovrha ne provede na temelju ništetnih tj. nepoštenih odredaba potrošačkog ugovora. Osiguranje visokih standarda zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku zahtijevalo bi opsežniju reformu ovršnog postupka. Hrvatski zakonodavac nije, međutim, predložio detaljno uređenje postupka u kojem bi ovršni sud provodio *ex officio* kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi (npr. u pogledu izvođenja dokaza, obrazloženja odluke, saslušanja stranaka nakon što je utvrđeno da je odredba nepoštena, *ex officio* odlučivanja o odgodi ovrhe i sl). U praksi zbog toga mogu nastati brojni problemi, različita tumačenja i postupanja vrlo općenito uređene obveze ovršnog suda da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost ugovornih odredbi. U konačnici zbog toga može biti upitna i sama učinkovitost provedbe te odredbe, a time i efikasnost zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi.

Iako je inicijativa da se u okviru ovršnog postupka urede instrumenti za zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi hvale vrijedan pokušaj rješavanja brojnih problema koji u praksi postoje u ovršnim postupcima protiv potrošača, opravdano se može postaviti pitanje da li je smjer kojim je krenuo hrvatski zakonodavac optimalan. Nesporno je da je novi prijedlog za dopune Ovršnog zakona proizašao iz prihvaćanja pravničke struke da je u hrvatskom ovršnom postupku potrebno osigurati efikasnu zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku i da postojeće odredbe Ovršnog zakona nisu u tom smislu zadovoljavajuće. Predlagatelj izmjena Ovršnog zakona apsolutno je bio u pravu kad je smatrao da

⁵⁸ V. više Josipović, T., Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, s. 22, 23. 260-262

se trenutno u ovršnom postupku ne može osigurati efikasna zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, posebno u slučajevima kad se ovrha provodi na temelju vjerodostojne isprave i na temelju ovršnog javnobilježničkog akta. Nesporno je da uređenje tih postupaka, a posebno pravnih lijekova i privremenih mjera odgode ovrhe nije u skladu sa standardima efikasne zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku koje je definirao Sud. Deficiti postoje u pogledu rokova za ulaganje pravnih lijekova, razloga za ulaganje pravnih lijekova, u uređenju razloga za odgodu ovrhe, u nedovoljnoj informiranosti potrošača o pravnom temelju ovrhe i o ispravama na temelju kojih se provodi ovrha.⁵⁹ Zbog toga je predlagatelj čak i u obrazloženju predloženih dopuna izričito priznao da postojeći sustav pravnih lijekova ne pruža efikasnu zaštitu potrošačima. No, sve je te deficite hrvatski zakonodavac želio otkloniti unošenjem u Ovršni zakon samo jedne jednine odredbe kojom bi općenito obvezao ovršni sud da po službenoj dužnosti tijekom cijelog postupka pazi na nepoštenost ugovornih odredbi pa čak i šire na ništetnost ugovornih odredbi koja može biti uzrokovana i nekim drugim razlogom. Pritom nije posebno uređeno po kojima bi postupovnim odredbama ovršni sud trebao postupati prilikom *ex officio* kontrole nepoštenosti iako se radi o vrlo specifičnom postupanju na koje se ne mogu na odgovarajući način primijeniti odredbe Ovršnog zakona o donošenju rješenja o ovrsi.

Pristup bi, međutim, mogao biti i potpuno drugačiji. Bilo bi moguće reformirati postupak donošenja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojnih isprava i sustav pravnih lijekova i privremenih mjera i urediti ih na način kojim će se u ovršnom postupku osigurati efikasna zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi. Iz svih odluka Suda Europske unije proizlazi da je *ex officio* kontrola nepoštenosti ugovornih odredbi zapravo krajnja mjera kojom se saniraju nedostaci nacionalnog uređenja zaštite nepoštenih ugovornih odredbi u različitim sudskim postupcima uključujući i ovršni postupak. Iz prakse Suda ne proizlazi obveza da se u nacionalnom pravu izričito uredi *ex officio* kontrola nepoštenosti. Iz prava Unije proizlazi samo obveza da se na nacionalnoj razini uspostavi efikasna zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi u svim sudskim postupcima i u svim fazama sudskih postupaka. *Ex officio* kontrola nepoštenosti ne mora, međutim, biti jedini instrument za efikasnu zaštitu potrošača. Iz presuda Suda jasno proizlazi da sukladno načelu nacionalne procesne autonomije nacionalni zakonodavci i dalje mogu sudsku zaštitu od nepoštenih ugovornih

⁵⁹ Za hrvatsko pravo v. komentare presuda u predmetima C-240/98, Océano Grupo; C-618/10, Banco Español; C-415/11, Aziz; C-34/13, Kušionová; C-32/14, ERSTE Bank Hungary; C-377/14, Radlinger u Josipović, T.: Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, s. 326-334, 482-497, 539-557, 722-733, 794-801, 838-839

Određeni napredak u jačanju zaštite potrošača u ovršnom postupku ostvaren je izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2020. godine (NN 131/20) kada su prošireni razlozi za odgodu ovrhe kako bi se sukladno praksi Suda osiguralo da se kontrola nepoštenosti ugovornih odredbi provede prije ovrhe. Izričito je propisano da se na prijedlog ovršenika (potrošača) sud može odgoditi ovrhu ako ovršna javnobilježnička isprava potječe iz potrošačkog ugovora, a raspoloživi dokazi ukazuju na vjerojatnu ništetnost jedne ili više ugovornih odredbi. Ovrha se tada može odgoditi do podnošenja tužbe za stavljanje izvan snage nagodbe ili javnobilježničke isprave na temelju koje je dopuštena ovrha ili tužbe za utvrđenje njezine ništetnosti, a najdulje u trajanju do 30 dana (čl. 65/1/t.11. Ovršnog zakona). Navedena odredba omogućuje potrošaču da zahtijeva odgodu ovrhe čak i prije nego što je pokrenuo parnični postupak radi nedopuštenosti ovrhe. Nakon što pokrene parnični postupak radi nedopuštenosti ovrhe, potrošač moći će zahtijevati odgodu ovrhe iz nekog od drugih razloga navedenih u čl. 65/1 Ovršnog zakona (npr. čl. 65/1/t. 4. i dr).

odredbi autonomno urediti. Važno je samo da se osiguraju europski standardi efikasne zaštite. Stoga bi bilo moguće da se u okviru ovršnog postupka sustavno i potpuno uredi sustav zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi koji se neće isključivo temeljiti na *ex officio* kontroli nepoštenosti već na efikasnim pravnim lijekovima koji stoje na raspolaganju potrošaču, na detaljnijem uređenju isprava koje se moraju priložiti uz prijedlog za odlučivanje o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave, na uređenju posebnih razloga za ulaganje pravnih lijekova protiv rješenja o ovrsi donesenih na temelju isprava koje se postale ovršne bez prethodno vođenog ovršnog postupka. Takav bi pristup omogućio da se uspostavi uravnoteženi sustav koji će se uklopiti u nacionalni sustav ovršnog postupka uz koordinaciju svih načela na kojima se inače temelji nacionalno građansko postupovno pravo. U konačnici bi to moglo dovesti do toga da se u okviru ovršnog postupka urede posebna pravila o ovršnom postupku protiv potrošača ili da se u okviru određenih ovršnih postupaka za sve stranke uspostave novi standardi zaštite u slučajevima kad ovrsi nije prethodio parnični postupak. U konačnici sve te promjene mogu značajno promijeniti cijeli ovršni postupak, posebno u onom dijelu kad se ovršni postupak provodi na temelju ovršnih isprava koje nisu prethodno prošle sudsku kontrolu u parničnom postupku. Unošenjem u tradicionalno uređeni ovršni postupak samo opće odredbe o obvezi ovršnog suda da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost uvodi se novi instrument koji, posebno zbog toga što nije u cijelosti uređen, može samo stvoriti nove probleme i različito postupanje u praksi i, u konačnici, samo stvoriti privid da je osigurana efikasna zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom postupku. Zbog toga pred hrvatskim zakonodavcem i dalje stoje veliki izazovi u prilagodbi ovršnog postupka europskim standardima zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi.

CONTROL OF UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

(Summary)

When interpreting Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts the Court of Justice of the EU defined numerous rules on consumer protection against unfair contract terms in enforcement proceedings. The most important rule is that final enforcement must be preceded by judicial control of unfairness. If enforcement was not preceded by litigation then the control of unfairness must be carried out within enforcement proceedings. *Ex officio* control of unfairness is considered to be the measure of last resort for protecting consumers in enforcement proceedings that must be carried out by the enforcement judge when appellate review does not guarantee effective protection. Problems with effective consumer protection against unfair contract terms in enforcement proceedings have also been observed in Croatian case law. They are particularly apparent in enforcement proceedings initiated on grounds of an authentic document or a directly enforceable notarial deed or a notari-ally authenticated document, none of which have been scrutinized by the judiciary before enforcement proceedings began. *Ex officio* control of unfairness is increasingly asserted in enforcement proceedings. The latest legislative initiative includes a general provision of the Enforcement Act mandating *ex officio* control of unfair contract terms in consumer contracts by enforcement judges in each stage of enforcement proceedings. However, ensuring high standards of consumer protection against unfair contract terms in enforcement proceedings would require a broader reform of enforcement proceedings, particularly a new framework for appellate review in enforcement proceedings. The paper discusses the prospects for ensuring effective consumer protection against unfair contract terms in enforcement proceedings.

LITERATURA:

1. Dika, M.: Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Zagreb, 2007
2. Gerstenberg, O: Constitutional Reasoning in Private Law - The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contract, European Law Journal, 5/2015
3. Josipović, T.: Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, Zagreb, 2018
4. Josipović, T.: Privatno pravo Europske unije – opći dio, Zagreb, 2020
5. Józson, M.: Unfair contract terms in Europe in time of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness, Journal of European Consumer and Market Law, 2017
6. Komisija Europske unije: Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (2019/C 323/04),
7. Turmo, A.: National *res judicata* in the European union: revisiting the tension between the temptation of effectiveness and the acknowledgment of domestic procedural law, Common Market Law Review 58, 2021
8. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 202, 7.6.2016., str. 389–405

9. Direktiva 2009/22/EZ od 23. travnja 2009. o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača, *SL L 110, 1.5.2009., str. 30–36, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15 Svezak 001 Str. 269 - 275*
10. Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, *SL L 95, 21.4.1993., str. 29–34, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15, Svezak 012, str. 24 – 29*
11. presuda od 27. lipnja 2000, spojeni predmeti C-240/98 do C-244/98, Océano Grupo, ECLI:EU:C:2000:346
12. presuda od 21. studenog 2002., C-473/00, Cofidis, ECLI:EU:C:2002:705
13. presuda od 16. ožujka 2006., C-234/04, Kapferer, ECLI:EU:C:2006:178
14. presuda od 26. listopada 2006., C-168/05, Mostaza Claro, ECLI:EU:C:2006:675
15. presuda od 04. lipnja 2009., C-243/08, Pannon, ECLI:EU:C:2009:350
16. presuda od 6. listopada. 2009., C-40/08, Asturcom, ECLI:EU:C:2009:615
17. presuda od 9. studenog 2010., C-137/08, Pénzügyi Lízing, ECLI:EU:C:2010:659
18. rješenje od 16. studenog 2010, C-76/10, Pohotovost', ECLI:EU:C:2010:685
19. presuda od 14. srpnja 2012., C-618/10, Banco Español, ECLI:EU:C:2012:349
20. presuda od 30. svibnja 2013., C-488/11, Asbeek Brusse, ECLI:EU:C:2013:341
21. presuda od 30. svibnja 2013., C-397/11, Jörös, ECLI:EU:C:2013:340
22. presuda od 13. ožujka 2013., C-415/11, Aziz, EU:C:2013:164
23. presuda od 14. studenog 2013., spojeni predmeti C-537/12 i C-116/13, Banco Popular Español, ECLI:EU:C:2013:759
24. presuda od 10. rujna 2014., C-34/13, Kušionová, ECLI:EU:C:2014:2189
25. presud od 17. srpnja 2014., C-169/14, Morcillo, ECLI:EU:C:2014:2099
26. presuda od 01. listopada 2014., C-32/14, ERSTE Bank Hungary, ECLI:EU:C:2015:637
27. presuda od 28. srpnja 2016, C-168/15, Tomášová, ECLI:EU:C:2016:602
28. presuda od 21. travnja 2016., C-377/14, Radlinger, ECLI:EU:C:2016:283
29. presuda od 18. veljače 2016., C-49/14, Finanmadrid, ECLI:EU:C:2015:746
30. rješenje od 21. lipnja 2016., C-122/14, Aktiv Kapital Portfolio, ECLI:EU:C:2016:486
31. presuda od 26. siječnja 2017, C-421/14, Banco Primus, ECLI:EU:C:2017:60
32. presuda od 17. svibnja 2018, C-147/16, Karel de Grote, ECLI:EU:C:2018:320
33. presuda od 13. rujna 2018., C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:711
34. presuda od 20. rujna 2018., C-448/17, EOS KSI Slovensko, ECLI:EU:C:2018:745
35. presuda od 7. studenoga 2019, spojeni predmeti C-419/18 i C-483/18, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2019:930
36. presuda od 26. lipnja 2019., C-407/18, Addiko Bank, ECLI:EU:C:2019:537
37. presuda od 11. ožujka 2020., C-511/17, Lintner, ECLI:EU:C:2020:188
38. rješenje od 26. studenog 2020, C-807/19, DSK Bank, ECLI:EU:C:2020:96

39. presuda od 17. svibnja 2022., C-725/19, Impuls Leasing România, ECLI:EU:C:2022:396
40. presuda od 17. svibnja 2022., C-600/19, Ibercaja Banco SA, ECLI:EU:C:2022:394
41. presuda od 17. svibnja 2022., spojeni predmeti C-693/19 i C-831/19, SPV Project 1503, ECLI:EU:C:2022:395 presuda 30. lipnja 2022., C-170/21, Profi Credit Bulgaria, ECLI:EU:C:2022:518
42. presuda od 17. svibnja 2022., spojeni predmeti C-693/19 i C-831/19, SPV Project 1503, ECLI:EU:C:2022:395
43. Zakon o zaštiti potrošača, NN, 19/22
44. *Zakon o obveznim odnosima*, NN, 35/05., 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.
45. Zaključak sa stanaka predsjednika Građanskih odjela županijskih sudova i građanskog odjela Vrhovnog suda Repulike Hrvatske, Vrhovni sud Republike Hrvatske, Posl.br. Su IV-87/2022, Zagreb, 11.ožujak 2022
46. Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Zagreb, travanj 2022
47. Ovršni zakon 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20

Dr. sc. Biljana Đuričin, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore u Podgorici

POSREDOVANJE U PORODIČNIM SPOROVIMA: AMERIČKO ISKUSTVO

347.965.42:347.61/.64(73)
прегледна научна статија

U ovom radu se analiziraju pojedini aspekti posredovanja u porodičnim sporovima u USA. Potenciraju se problemi koji se pojavljuju u ovoj vrsti posredovanja, kao i kako se ti problemi mogu prevazići, posebno kroz. posredničku praksu. U radu se posebno potencira privatna posrednička praksa, kao i uloga posrednika u posredovanju u porodičnim sporovima. Posebno se analiziraju problemi emocionalnog karaktera i ravnoteže moći, koji su u ovim sporovima posebno naglašeni.

Ključne riječi: posredovanje, porodični sporovi, porodični posrednici, emocije i neravnoteža moći.

Posredovanje u porodičnim sporovima je postupak u kojem posrednik pomaže članovima porodice u rješavanju njihovih sporova. U praksi se pokazuje da su to najčešće bračni i sporovi koji nastaju kao posljedica razvoda braka. Porodičnog posrednika mogu stranke da angažuju i u drugim porodičnim sporovima, primjera radi, oni nastali iz zaključenja predbračnog ugovora, iz odnosa među istim polovima, sukobi koji nastaju između tinejdžera i njihovih roditelja, onih koji su nastali unutar porodičnih poslova, iz sukoba koji nastaju zlostavljanjem djece i svim onim koji su proizašli usled sukoba unutar porodice. Ovo je oblik posredovanja koji se odnosi na privatnu porodičnu medijaciju. Drugi oblik posredovanja se ustanovljava zakonom na imperativnoj ili voljnoj osnovi i preko njega se rješavaju sporovi o čuvanju, izdržavanju i vaspitanju djece. Potrebno je istaći da bez obzira o kojem se obliku radi, posredovanje u porodičnim sporovima je značajna mogućnost njenim akterima da spor riješe mirnim putem na obostrano zadovoljenje, ili kako se kaže jezikom posredovanja win-win situation.¹

Posredovanje u porodičnim sporovim se zasniva na istim načelima koja su prisutna u drugim oblastima posredovanja: dobrovoljnosti, neformalnom sporazumu o posredovanju, povjerljivosti, jednakosti, poštenom pregovaranju,

¹ Specijalni posrednik u Multi-Door programu u DC, Lorenz, autorki rada je naglasio: "Sporovi su neminovni i s napretkom civilizacije i vladavine prava mi smo naučili da cijenimo samo sporove o kojima odluči sudija. Jedan izuzetno snažan način za sporove da budu riješeni je da se ohrabre građani i pravna lica da sami podijele pravdu između sebe uz pomoć posredničkih tehnika i vještina. Odluka da sami odluče o svom sporu i koja nije donesena putem prinude će imati veću snagu i poštovanje. Rad posrednika treba da bude uporan, nepristrasan, posvećen i treba da se stalno usavršavaju."

stručnom, nepristrasnom, nezavisnom i neutralnom posredniku, etc.² Međutim, u porodičnom posredovanju je prisutano i veoma naglašeno načelo zaštite interesa djece i interesa drugih zainteresovanih osoba čiji sporovi pripadaju ovom posredovanju.

Potrebno je istaći da sukobljene strane nijesu i uvijek spremne na posredovanje. Nekada sukobljene strane, na primjer, pitanje njihovog odvojenog života mogu da riješe bez ičije pomoći, dok je drugima potrebna pravna ili psihološka asistencija; neke stranke će prihvatiti svoje obaveze samo ako im to sud naloži kroz res judicata; neke stranke ne žele ili su nesposobne da pregovaraju u dobroj namjeri. Međutim, praksa pokazuje da najveći broj sukobljenih strana želi da pregovara i svjesni su da je zaključenje sporazuma mnogo bolje nego odlazak u sud. Parnica je skupa, dugo traje, psihološki neprijatna, obje stranke podliježu kontorli i autoritetu sudije. Gorčina i neprijateljstvo među strankama mogu biti prisutni u svakoj parnici i pretvoriti je u razdor, koji će na kraju voditi pobjedniku i gubitniku.

Posredovanje, na dugoj strani, pruža strankama mogućnost kontrole njihovog spora. Stranke mogu da rješavaju svoje probleme bez neprijatnosti i da zadrže uzajamno poštovanje i prijateljske odnose poslije zaključenog sporazuma, što je u životu veoma bitno.

U porodičnim sporovima ne može svaki nesporazum da bude riješen. Roditelji su svjesni da mogu očekivati nalete konfrontiranja od strane tinejdžera. Takva ponašanja se, čak, smatraju kao normalna pojava koja prati to doba kao i način da se dođe do zrelosti i ne zahtijevaju ozbiljna pregovaranja. U porodici, treba da se svako osjeća slobodnim da razgovara na pozitivan način. Shodno tome, u nekim kasnijim više ozbiljnim sukobima, unutar porodice može se pregovarati u posredovanju koje dovodi do stvaranja zdravih opcija za rješenje datog spora i vodi izbjegavanju opcija koje mogu biti destruktivne.

Pokazuje se da stranke učestvujući u polemici pokušavaju da utvrde krivicu, umjesto da se usresrede na identifikaciju problema. Na taj način dolazi do nepotrebnog gubljenja vremena, jer utvrditi krivicu nekada nije ni malo lako. Prilikom utvrđivanja krivice, može da se pojavi i provokacija, neke osobe mogu namjerno da iznose stavove koji su nespojivi sa zaključenjem sporazuma. Posrednik treba da ubijedi stranke da analiziraju da li je došlo do provokacije. Možda druga stranka želi namjerno da stvori nesporazum. Posrednik postavlja pitanja, ali ne odgovara na njih, on pomaže da same stranke nađu odgovor i pri tome ohrabri svaku stranku na samopredeljenje.

Posredovanje ohrabruje stranke da same upravljaju nastalim konfliktom. Uz njegovu asistenciju, stranke koje su u sporu mogu da stvore radno prijateljstvo, a koje je jedno od preduslova strankama da riješe svoje suprostavljene opcije i postignu sporazum.

Porodični posrednik ne pomaže samo strankama da riješe tekući spor, već pruža i realističan pogled ka budućnosti.³ Odnosi unutar porodice mogu biti, pored ostalog, osnaženi i od ubjeđenja obadvije stranke da je saradnja izuzetno korisna. Posrednik osnažuje stranke da se sporazumiju ne samo ako one imaju podjednake mogućnosti, nego što sporazumijevanje može da im napravi osjećaj njihove jednakosti, pri čemu su stranke potpuno slobodne da zadrže svoje razlike u uvjerenjima ili perspektivama.

² Vidi, Biljana Đuričin, Zakon o posredovanju, 110 (2009).

³ Vidi, Jane Lewis, The Role of Mediation in Family Disputes, 51 (1999).

Posrednik ne upućuje stranke kako da glasi njihov sporazum, ali ih može upozoriti koliko će njihov život biti opterećen i komplikovan ako ne uspiju da riješe spor zaključenjem sporazuma. U tom pravcu posrednik hrabri stranke da pregovoraaju pošteno i savjesno, jer će samo tako doći do zajedničkog, prihvatljivog i izvršnog sporazuma. Do ovakvog sporazuma se dolazi koristeći se komunikacijskim vještinama, u granicama uzajamnog poštovanja, pojačavajući istraživanje opcija i usmjeravajući se na potrebe, želje (nekada i skrivene), interese koji su po svojoj prirodi komplikovani ili, pak, osporeni.⁴

Uloga porodičnog posrednika uključuje rad sa strankama, razmatranje njihovih problema u kompleksu i antoagonizmu njihovoh odnosa, ali i posrednikov odnos sa njima koji se mijenja tokom postupka posredovanja.

Vrste porodičnih medijatora

Posrednici u porodičnim sporovima imaju različita obrazovanja, obavljaju poslove za različite organizacije, ili rade kao privatni posrednici. Pojedini posrednici su profesionalci za mentalno zdravlje, kao što su socijalni radnici, sociolozi, porodični terapeuti ili porodični savjetnici. Pojedini od njih rade u javnim posredničkim programima koji su sponzorisni od strane pojedinih sudova. Privatne posrednike biraju same stranke i ovaj posao je njihovo osnovno zanimanje. Privatni posrednici mogu da osnivaju lokalne i nacionalne asocijacije, ali članstvo u njima nije obavezno. Ono što je posebno vidljivo je da se privatni posrednici stalno oglašavaju, a posebno strankama na njih upućuju advokati koji ujedno insistiraju na posredovanju. Inače, privatni posrednici su specijalizovani za pojedine vrste sporova i na taj način se dobija na kvalitetu posredovanja.⁵ Neki posrednici su angažovani u posredovanju sa pola radnog vremena, dok im osnovno zanimanje nije posredovanje. Ono što je karakteristično za porodično posredovanje je interdisciplinarnost, jer u njemu kao koposrednici učestvuje više profesija. Svi porodični posrednici imaju određenu vrstu znanja i sposobnosti da obavljaju svoje aktivnosti. Profesija porodičnog posrednika podrazumijeva kombinaciju iskustva i znanja, kao i upotrebu različitih tehnika, kao i vještina tokom postupka posredovanja.

Privatni porodični posrednici se angažuju ako se stranke o tome dogovore.. Potrebno je da se naglasi, da određeni broj porodičnih sporova se rješava neformalno bez posrednika. Porodica pokušava da spor riješi sama. Primjera radi, članovima porodice je potrebna pomoć posrednika kada poslije razvoda braka, treba riješiti spor ko će preuzeti čuvanje, vaspitanje i izdržavanje djece, ko će preuzeti kontrolu nad porodičnim poslovima, kako podijeliti imovinu ili neki drugi problem koji zahtijeva ustupanje jednih članova porodice u korist drugih. U tom slučaju jedan iskusan posrednik će biti od velike pomoći, naravno, ukoliko stranke žele da se dogovore

⁴ Vidi, Kimberlee Kovach, *Mediation*, 47 (2003).

⁵ Postoje brojni formalin zahtjevi da se postane privatni posrednik. Na primjer, za građanske sporove, posrednik treba da ima položen advokatski ispit, da završi odgovarajuću obuku, dobije sertifikat, da stalno prati promjene u zakonodavstvu i da se edukuje nekoliko puta godišnje. Najvažniji je uspjeh u posredovanju, da se posrednik pokaže poštenim, i da bude cijenjen od stranaka, advokata i sudija. Posebno se za svakog posrednika napravi njegov video zapis sa polaganja na kraju kursa, koji ostaje u centru za adr i iz kojeg se vidi kako posrednik reaguje u pojedinim situacijama. Ovaj zapis posrednik nikada ne vidi, ali služi treneru da ocijeni njegov rad.

pomoću posredovanja. Praksa pokazuje da najveći broj ljudi želi da razgovara o njihovom neslaganju, posebno ako vide bilo kakvu mogućnost za sporazum. Jedni članovi porodice ne žele da unište svoje odnose sa drugim članovima porodice.

Emocionlni elemenat

Jedno od prvih dilema, kada je u pitanju posredovanje u porodičnim sporovima je da li stranke imaju intelektualni i emocionalni kapacitet da pregovaraju.⁶ Neki posrednici pokušavaju da kombinuju posredovanje sa terapijskom pomoći. Oni drugi, vjeruju da ljudi koji nemaju kontrolu svojih emocija ne bi trebalo ohrabrivati da učestvuju u posredovanju. U svakom slučaju, posrednici bi trebali biti sigurni da li je stranka sposobna da razumije implikacije i govor tijela, da komunicira sa drugom strankom tokom posredovanja. Na primjer, stranka pokazuje da se nalazi u teškom stresu. Posrednik bi trebao da osnači takav problem i preduzme korak koji će voditi ka ozdravljenju stranke. Prema tome, ako je stranka nesposobna u datom trenutku da učestvuje u posredovanju iz bilo kojeg razloga, posrednik može da zastane sa posredovanjem i ohrabri stranku ili stranke da potraže odgovarajuću terapijsku ili ljekarsku pomoć.

Posredovanje u porodičnim sporovima često se vodi između osoba koje žive zajedno, ali sa takvim problemima koji mogu izazvati mogućnost emocionalnog stresa za vrijeme posredovanja. Čak i posrednik koji nije obučeni terapeut može da ocijeni kada ljuske emocije blokiraju sposobnost stranaka da pregovaraju. Pojedine osobe mogu biti ljute i depresivne ili izgubiti povjerenje u svoju sposobnost komuniciranja. Poslije mnogih svađa ili nasilnih ponašanja, odnosi stranka ulaze u dug i spor put pri čemu one mogu prestati da slušaju jedni druge i prestati da razumiju uzajamne potrebe i želje. U porodičnim sporovima, emocionalni pritisak može da vodi problemu. Stranke vrijeđaju jedna drugu; gube kontrolu i prave kaos u porodičnoj zajednici, ne mogu da nađu način da komuniciraju. Posrednik može da očekuje takav način ponašanja i treba da nađe mogućnosti da ga prevaziđe.

U jednom posredovanju u porodičnom sporu, oko podjele zajedničke imovine (nije bio zaključen predbračni ugovor), bivša supruga je počela da viče, plače, vrijeđa bivšeg supruga, napominjući da mu je dala ime, reputaciju, bogatstvo, jer je već bila poznati stomatolog kada se udala za 15 godina mlađeg tek diplomiranog stomatologa. Doživjela je da njen suprug nađe mlađu ženu sa kojom planira novu porodicu. Iz prethodnog braka su imali dvije odrasle ćerke. Bivši suprug je reagovao na njenu galamu i nervozu objašnjavajući da joj je poklonio najbolje godine života, da se on još uvijek osjeća mladim, a da ga je bivša žena poslednjih godina izbjegavala. Posredovanje je došlo u fazu takvog sukoba da je posrednica, autorka ovog teksta, planirala da ga prekine i opominjala stranke na dogovor oko ponašanja tokom posredovanja. Ujedno ih je opomenula da se koncentrišu na imovinu, ne na njihove emocije koje očito da oni nijesu razumjeli. Posrednica je osjetila iz razgovora da je bivša supruga ljuta i povrijeđena ne zato što je brak razveden, nego što je ostala sama. Posrednica joj je rekla da je ona još uvijek otmena, dotjerana, obrazovana žene koja ima mogućnosti da sretno nekoga i opet da voli i bude voljena. Na pitanje bivše supruge da li, zaista, posrednica tako misli i dobijajući od nje potvrđan odgovor,

⁶ Vidi, Zoran Miliivojević, Emocije-Psihoterapija I razumevanje emocija (2005).

bivša supruga je počela da pregovara o podjeli zajedničke imovine i posredovanje se na obostrano zadovoljstvo završeno uspjehom.⁷

Ljutnja, krivica i otuđenje su opšte emocije ljudi koji prihvataju posredovanje. Kada članovi porodice ne dobiju ono što žele, oni mogu napasti svakoga ko im se nađe na putu. Oni osjećaju da su žrtvovani i ljutnju mogu da fokusiraju na trenutnim problemima ili na nekom ranijem incidentu i kontraverzama o kojima posrednik ne zna, pošto je nemoguće da posrednik zna o svakom prethodnom konfliktu. Često, stranke ulaze u posredovnje sa dugčkom listom nerazumijevanja koja već odavno postoji iza njih. Ljutnja i krivica idu ruku pod ruku. Ljudski mozak pokušava da zaštiti sebe protiv osjećaja krivice pronalazeći drugoga da optuži. Jedan broj ljudi pretvara svoju ljutnju u krivicu, koj se manifestuje u prkosu i nesreći.

Porodični odnosi su obično značajan izvor snage; gubitak porodice može biti razarajući, pojedinačno svaka osoba ulazi u prilagođavanje odvojenosti; postaje zabrinuta za finansije, postavlja pitanje kako da nađe novi društveni život, ispuni potrebe i brine o djeci. Gubeći porodični status osobe često vodi otuđenju. Otac koji nije dobio čuvanje, vaspitabje i izdržavanje nad djecom ne može dugo osjećati kontrolu kao roditelj i to može prouzrokovati da napusti djecu zauvijek. Gubljenje porodice često vodi i gubljenju ličnog idenetiteta. Usmjlenost i smosažaljevanje pretvaraju svijet u sivilo. Žrtve se uvlače u samosažaljenje. Jedna od najtežih aktivnosti porodičnog posrednika je da ubijedi stranku da ne optužuje drugu stranu. Sve dok takve okolnosti postoje, pregovaranje neće biti produktivno.

Posrednik radi sa strankama i mora da zadrži njihove emocije pod kontrolom. U jednom slučaju, supružnici su se dogovorili o posljedicama razvoda braka. U taj sporazum su uključili jednu klauzulu koje se odnosila na obrazovanje njihovog sina. Kada se ta kluzul trebala relizovati, roditelji nijesu mogli da se dogovore i potražili su pomoć posrednika. Posrednica je odmah utvrdila neprijateljstvo između stranaka. Otac je optuživao majku da je okrenula sina protiv njega, a ona je regovala da su sinovljevi problemi prouzrokovni od ponašanja oca. Proveli su 30 minuta u prepirci, i posrednica ih je pustila sve dok sami nijesu prestali. U slijedećih 20 minuta oni su razgovarali o njihovoj ljutnji, objašnjavajući da njihove emocije nemaju nikakve veze sa obrazovanjem njihovog sina.

Posrednica ih je ubijedila da se koncentrišu na probleme oko izbora škole. Sugerirala im je da podnesu listu od tri škole koje su po njihovom mišljenju prihvatljiva. Zatim, su eliminisali jednu školu sa te liste i sporazumijeli se da je moguća aplikacija druge dvije za akademsku godinu koja dolazi. Pošto su ponudili više od jedne škole, saglsili su se da se njihov sin odabere školu u koju će da ide. Posrednica je željela da bivši supružnici razumiju svoje emocije i da ubijedi ih da saraduju u sporu oko obrazovanja sina. Zašto su roditelji bili ljuti jedan na drugoga? Otac je želio da zadrži kotrolu nad sinom, majka se nije ponovo udavala i još je bila ljuta na bivšeg supruga zbog razvoda. Kada su roditelji razumijeli svoje emocije pristali su da pregovaraju i zaključili su sporazum.

⁷ Svi primjeri u ovom radu su dio posredničke prakse autorke koju je stekla radeći kao posrednica volonterka u jednoj privatnoj posredničkoj kancelariji u DC.

Neravnoteža moći

Jadna od značajnih uloga posrednika je da zadrži ravnotežu moći i na taj način sa omogućiti da posredovanje bude cjelovito i pošteno. Pošto je posredovanje postupak u kojem stranke mogu dobrovoljno da riješe svoje nesporazume, važno je napomenuti da svaka neravnoteža moći ili nesposobnost stranke da se angažuje u posredovanju je prepreka za uspješnost.

Neravnotežu moći se pokazuje na brojne načine:

- Od prilika koje su, na primjer, dovele do razvoda braka i mjera koje su stranke preduzele da okončaju razvod. Stranka koja je pokrenula da se razvod okonča, može osjećati krivicu i ne voditi računa o svojim pravima u pokušaju da bi smirila drugu stranku. Ona stranka, čije povjerenje i samopoštovanje je bilo potkopano, ne može uvijek da osjeti kad da jasno izgovori svoje sopstvene potrebe prilikom posredovanja.
- Od kvaliteta ili iskustva stranaka. Jedna stranka može da bude više jasna, da ima kontrolu emocija u posredovanju i zato više da izrazi želje i poglede. Alternativno, jedna može biti više emocionalno jasna i da više iskoristi da razgovara o emocijama. Na primjer, supruga može da kaže da misli da je suprug istakao mnogo više problema, kao neko ko je pričio o svojim osjećanjima. U onim slučajevima kada postoji neravnoteža moći izazvana razlikama u obrazovanju i inteligenciji, posredovanje će teško biti uspješno.
- Od zloupotrebe ili zastrašivanja. Na primjer, može da postoji fizička represija poslije posredovanja. U takvom slučaju, najbolje je sačiniti poseban sporazum da do nje ne dolazi dok traje posredovanja.
- Od dostupnosti sudskog postupka kao alternative posredovanju. Kad jedna stranka ima advokata prije posredovanja, postoji neravnoteža moći gdje ona dobija pravnu pomoć i zna da može pokrenuti sudski postupak ako bude nezadovoljna ishodom posredovanja.
- Od ekonomskih prilika. Stranka koja ima dobru ekonomsku potporu može da angažuje advokata ili terapeuta i da od njih dobije savjete.

Posrednici potvrđuju, međutim, da dinamika odnosa ne mora uvijek biti jasna i da provjeravanje ko je u neravnoteži moći je nekada veoma teško. Između stranaka postoji opžanje da je jedna od stranaka snažnija od druge. Napori posrednika da uspostavi ravnotežu moći je dobar potez, ali nije uvijek siguran u uspjeh. Postoje slučajevi gdje osjećaj nejednake snage vodi u okončanju posredovanja, ili predlozim za sporazum koji bi bio posledica nepoštenog postupanja. Pokušaj posrednika da uspostavi ravnotežu moći, može da ga dovode do gubitka nepristrasnosti.⁸

Dvije tipične vrste posredovanja u porodičnim sporovima

Želja da se zadrži porodični kontinuitet ne može izgledati očigledna kada su se supružnici razveli. Oni su obično ljuti i još uvijek pripremljeni za bitku, ali i

⁸ Vidi, Penelope Bryan, Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power, 40 Buff. L. Rev. 441 (1992).

tada najveći broj njih je spreman da prihvati određene zajedničke obaveze, posebno one koje se odnose na djecu. Neki od razvedenih parova će odlučiti da koriste posredovanje po samostalnoj odluci, dok druge na to mogu da upute njihovi advokati. Razmotriće se dva tipična slučaja posredovanja u slučaju razvoda braka.

Paul i Mary.- Poslije pet godina braka provedenog u istoj kući i snoseći sve troškove, oni su bili nesrećni. Ovo im je bio prvi brak. Nijesu imali djece, nikada ne okrivljujući jedno drugo zašto je to tako. Zarađivali su godišnje 120.000 dolara: suprug 70 000, a supruga 50 000. Poslije razgovora sa bračnim savjetnikom, oni su prihvatili razvod kao jedino rješenje, ali su željeli da zadrže fer odnos između sebe. Terapeut im je savjetovao da pokušaju sa posredovanjem i preporučio im posrednika koji je bio specijalista u rješavanju sporova iz porodičnog posredovanja.

Oboje su prihvatili posredovanje. Na uvodnom sastanku posrednica im je objasnila šta je to posredovanje, njegova načela i oni su potpisli sporazum da žele da nastave sa posredovanjem. Pošto posrednica nije znala o njihovoj situaciji, oni su joj objasnili. Svaki slučaj je jedinstven u porodičnom posredovanju, u ovom slučaju ništa nije izgledalo neuobičajeno. Posrednica im je postavljala pitanja koja su im pomogla da identifikuju problem i koja će im pomoći prilikom pregovaranja.

Međutim, supruga je počela da krivi supruga za neuspjeh braka, što je prouzrokovalo žestoku prepirku. Bivša supruga je počela da plače i posrednica je prekinula susret, zakazala slijedeći i pozvala ih da na njemu obezbijede dodatne finansijske informacije.

Na slijedećem sastanku, posrednica je počela da ohrabruje bivše supružnike da zadrže pažnju na sporne opcije. Oni su se skoncentrisali na nekoliko spornih tačaka, planirajući da o njima naprave ponude. Najveći problem je bio ko će da zadrži kuću.

Posrednica je očekivala da će na trećem sastanku postići sporazum, ali se raspoloženje promijenilo. Na tom susretu su počeli da razgovaraju o umjetničkim slikama i kada je suprug rekao da ih je on birao, ponovo se pojavila ljutnja i dalje nijesu bili sposobni za pregovaranje. Posrednica je saslušala sve sporne pozicije, stavila ih na tablu, a supružnici su selektovali predmete sa liste. Posrednica ih je pitala kako oni vide rješenje problema. Par se složio da umjetničke slike podijele prema vrijednostima koje su pojedine za njih imale. Posrednica im je zatim sugerisala da razmisle oko kuće koja će im biti predmet slijedećeg sastanka i da bi bilo dobro da se konsultuju sa svojim advokatima.

Poslednji sastanak je bio relativno miran. Odlučili su da prodaju kuću i novac podijele na jednake djelove. Posrednica im je dala njihove izjave o podjeli imovine sporazumno. Na osnovu ovog sporazuma, advokat će napraviti predlog za sporazumnu podjelu imovine koji će biti podnijet sudu sa njihovim predlogom za razvod braka.

Ovo je bila jedno uspješno posredovanje. Poslije svađe, supružnici su bili sposobni da razgovaraju u dobroj vjeri. Posrednik im je pomogao da postignu sporazum i da ishod zadovolji obje stranke.

John i Anna.- Kada su djeca uključena, posredovanje može da bude mnogo komplikovanije. Poslije 15 godina braka i odvojenog života manje od pet mjeseci, suprug je živio sa drugom ženom, a njegova supruga je podnijela zahtjev za razvod braka. Suprug je zahtijevao starateljstvo za dvije maloljetne ćerke. Advokati obadvije strane su se pripremali za sud.

Međutim, suprug je na poslu razgovarao sa jednim kolegom, koji ga je uputio koliko će ga koštati parnica. Suprug je isticao da se ne može odvojiti od djece, a kolega mu je sugerisao da sjedne sa suprugom i porodičnim posrednikom i da razgovaraju o najboljim interesima svoje djece.

Supružnici su se dogovorili da idu na posredovanje. U početku su bili agresivni, posebno supruga. Posrednica je shvatila da ta ljutnja dolazi zbog ljubomore. Na odvojenom sastanku posrednica je naglasila supruzi da je vrijeme da zaboravi ta osjećanja i da ona izađu iz njezinog života. Poslije toga, supruzi su bili spremni da razgovaraju i riješe zajedničke probleme.

Posrednica je otkrila da supruzi ne razumiju šta pravno znači izdržavanje i uputila ih je na jedan članak da ga pročitaju i dobiju više informacija o tome. Oboje su se koncentrisali na svoju djecu, i složili se da i posrednica razgovara sa djevojčicama. Kasnije su govorili o zajedničkom starateljstvu u kojoj bi djeca živjela sa majkom. Poslije pet održanih sastanaka, supružnici su riješili sve probleme ovog spora.

U zdravoj porodici svakodnevno se pregovara i članovi porodice stalno prave ustupke. Taj proces je skoro po automatizmu. Njima nije potrebno posredovanje zato što ne očekuju nesporzume, jer znaju kako da ih usmjere i kako da ih riješe. Međutim, neki parovi mogu odlučiti da prihvate razvod, ali zahtijevaju pomoć posrednika da riješe probleme koji se odnose na izdržavanje djece. Pošto se posrednik često bavi takvim problemima, ima iskustva kako da budu riješeni. Iskustvo mu pomaže; odgovoran porodični posrednik će

voditi ljude kroz pregovaranje, dok ujedno treba da izbjegava izvor nesporazuma. Porodični posrednik govori na ovaj način: "Klijenti nijesu došli kod mene da bi uživali u mojem društvu. Oni su čuli koliko je skupo pregovaranje preko advokata. Oni pokušavaju da spor riješe sami. Ako se ne mogu sporazumijeti i potrebna im je pomoć, onda sam ja tu."

Posredovanje je jedna atraktivna alternativa kada se problemi komplikuju ili uključuju stroge emocije ili kada stranke imaju poteškoće same sa sobom; jedan iskusni porodični posrednik može im pomoći da sve to riješe. Posredovanjem se donose snažne odluke koje su uvijek u rukama stranaka i obično vode realističnom sporazumu. Za najveći broj porodičnih sporova, posredovanje je bolji izbor nego odlazak u sud.

Posredovanje se fokusira na potrebama, željama, interesima, zabrinutostima svake stranke, ali isto tako i na život koje će stranke voditi poslije zaključenog sporazuma. To je jedan efikasan i praktičan način da pregovarate. Posredovanje kombinuje ponudu i saradnju; stranke ulaze u posredovanje sa različitim stavovima; kasnije njihove percepcije postaju približene i pretaču se u sporazum.

Poslije razvoda, bivši supružnici napuštaju bračnu zajednicu i započinju nov, nezavistan život. Oni imaju različite poglede na njihove živote poslije razvoda, često bazirajući njihova očekivanja na iluzijama. Bivši supružnici moraju da nauče da žive jedan bez drugoga. Ako imaju djecu moraju da im obezbijede normalan život i vode brigu o njima. Svi ovi zahtjevi nijesu laki da se ostvare bez tačnog poznavanja koji se problemi pojavljuju i kako da se riješe, ali i bez jasnih razumijevanja potreba i zabrinutosti supružnika. Problemi koji vode ka vrhu neizbježnih osjećanja odbačenosti i bijede mogu da se pretvore u nervozu, ljutnju ili ignorisanje.

Značajna funkcija posrednika je da pokuša da podigne sve što je pozitivno u odnosima bivših supružnika, ne sa očekivanjem da će se oni ponovo sjediniti, već da obezbijedi osnovu za sporazum preko kojeg bi bivši supružnici u budućnosti postali partneri čiji se odnos zasniva na povjerenju i poštovanju, a ne na ljubavi. Porodični odnosi se na taj način ne eliminišu, nego se restrukturiraju.

Rokovi i uslovi koje stranke određuju u sporazumu su značajni, ali isto tako je važan, čak i više, onaj dio sporazuma stranaka koji se odnosi na djecu. Posredovanje strankama daje priliku da razgovaraju o zadržavanju njihovih obaveza unutar porodičnih odnosa; sa posrednikom oni mogu ući u bolje razumijevanje takvih mogućnosti. Posljedice razvoda supružnika zahtijevaju njihovu saradnju u posredovanju i jedan su od prioriteta na njihovoj agendi u ovom obliku mirnog rješavanja sporova.

FAMILY MEDIATION: AMERICAN EXPERIENCE

(Summary)

This article answers basic questions about the procedure of family mediation, as well as cases from mediation practice. Family mediation is a procedure by which a natural mediator assists family members in resolving their disputes. It is usually undertaken by married couples who need help working out of terms a separation agreement leading to divorce: child custody, property joint division, et cetera. Family mediator can assist with many other disputes such as including premarital agreement, gay partnership, quarrels between teenagers and their parents, disputes over a family business, et cetera. This definition refers to private, volunteer family mediation. Another model of mediation can be established by law on a mandatory or voluntary basis to resolve custody disputes.

A mediator does not tell parties how to settle, but may tell them how difficult their lives may become if they do not want to resolve their dispute. It is very important that a mediator encourages negotiation in good faith and go into a mutually and enforceable settlement. A mediator will do it on way in reducing the obstacles to communication, in exploring all alternatives; needs and wishes of those involved in process. A mediator will try to salvage what was positive in marital relationships, not with expectation that they will back in marriage but to provide the foundation for an acceptable agreement. A mediator will tell them to create new partnership based on trust and respect rather than love. On this way, family relationships are not being rejected merely restructured.

Family mediations often involve persons who have lived together, but such intimacy can increase emotional stress during mediation procedure. Even a mediator who is not a trained therapist can emphasize when person emotions are blocking their abilities to negotiate. It is normal that persons may be angry or depressed, or lose confidence in their capacity to communicate. After many conflicts, they can stop listening to each other, or cannot understand each other's needs and wishes. In family disputes, emotional issues can lead many negative behaviors. Parties abuse each other; they lose control in their communications. The mediator must expect that kind of behavior. The mediator works together with parties and must keep their emotions under control. The mediator must intervene when necessary, but the parties should make decision.

Key words: mediation, family disputes, family mediator, emotions and imbalance of power.

LITERATURA:

1. James Alfini at al., *Mediation Theory and Practice* (2001).
2. Richard Birke and Craig Fox, *Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements*, 4 *Harvard Negotiation L. Rev* 1 (1999).
3. Penelope Brayan, *Killing Us Softly: Divorce Mediation AND Politics of Power*, 40 *Buff. L. Rev.* 441 (1992).
4. John Haynes, *The Fundamentals of Family Mediation* (1994).
5. Carol King, *Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap*, 73 *St. Johns L. Rev.* 375 (1999).
6. Kimberlee Kovach, *Mediation: Principles and practice* (2000).
7. Kimberlee Kovach, *Mediation* (2003).
8. Alexandria Zylstra, *Mediation and Domestic Violence*, *J. of Dispute Resolution* 253 (2001).

Prof. Dr. Aleš Galič
University of Ljubljana, Faculty of Law; Slovenia

THE CASE LAW OF THE SLOVENIAN CONSTITUTIONAL COURT ON FUNDAMENTAL GUARANTEES IN CIVIL PROCEDURE

342.565.2:[342.7:347.91]/95(497.4)

прегледна научна статија

The case-law of the Constitutional Court of Slovenia, which has, over the last decades developed in the course of constitutional complaints proceedings, has influenced massively the development of civil procedure law in Slovenia. A distinguished feature of this development concerns an enhanced emphasis on the procedural human rights. In this paper the author presents the established doctrines and positions of the Slovenian Constitutional Court concerning fundamental guarantees in civil proceedings, in particular the right of access to a court, the right to be heard, the right of equality of arms, the prohibition of an arbitrary departure from the settled case law, the right to appeal and the right to a trial within reasonable time.

Key words: The right of access to a court, fair trial, Constitutional Court, Civil Procedure, trial within reasonable time

1. Introduction

A distinguished feature of the development of civil procedure law in Slovenia in the last thirty years concerns an enhanced emphasis on the procedural human rights (fundamental procedural guarantees), as interpreted by the case law of the Constitutional Court of Slovenia and of the European Court of Human Rights. The Slovenian Constitution contains an extensive chapter on human rights and fundamental liberties (Articles 14–65). Many of these concern guarantees in civil procedure: right of access to court, right to independent and impartial judge, predetermined by law, right to trial within reasonable time (all of Article 23); right to due process (Article 22); right to appeal (Article 25); right to public trial (Article 24). International treaties in the field of human rights, such as the ECHR are binding and are applied directly by Slovenian courts. In all these aspects, the development in Slovenia shares numerous similarities with the developments in Macedonia.¹ The point where the Slovenian system differs from the Macedonian one however concerns a jurisdiction of the Constitutional Court. Namely, the Slovenian legal system provides for a constitutional complaint. A party alleging a breach of constitutional

¹ See A. Janevski, M. Rakočević, *Načelo saslušanja stranaka u parničnom postupku*, Zbornik radova Pravo i vrijednosti, University of East Sarajevo, 2019.

rights in court proceedings, can, after exhaustion of all available remedies, file a constitutional complaint against the judgment with the Constitutional Court.²

2. The Right of Access to a Court

The ‘right to judicial protection’ (right of access to court), set out in Article 23 of the Constitution, guarantees everyone the right to have any decision regarding his rights, duties and any charges brought against him or her made without undue delay by an independent, impartial court constituted by law. This right guarantees that a person can submit his or her civil dispute to a court and obtain the court’s judgment on the merits.³ The right of access to court is effectively fulfilled only if a court decides on a submitted dispute on merits. Thus, rejecting the claim as inadmissible for procedural reasons is not an effective fulfilment of the right of access to court. This, of course, does not mean that the law cannot impose procedural conditions for admissibility of actions and formal requirements that a claim should comply with. However, as such conditions restrict the right of access to the court; they must be based on reasonable and constitutionally acceptable grounds.⁴ Concerning the time limits, for example, the Constitutional Court stated that they must always be predictable and that both their length and preclusive nature must clearly follow from the wording of the law; moreover, they must not be so short as to make an effective accomplishment of certain procedural act practically impossible.⁵ Also the standpoint that any kind of action is inadmissible if the claimant does not have legal interest or standing for achieving a court judgment is constitutionally acceptable.⁶ In the opinion of the Constitutional Court, it is no violation of the right to access to court protection in case of a lack of international jurisdiction in a dispute on damages against a foreign state due to immunity. The Constitutional Court found that such immunity does restrict the right of access to court, but it is constitutionally acceptable as an expression of international law standards; in addition the right of access to court is not entirely frustrated as the claimant can file an action in a foreign state.⁷ However, the right of access to court was found to be violated in a case, in which the court had dismissed the action for reason of a lack of subject matter jurisdiction, instead of transferring the case to the court with jurisdiction.⁸

It is also a breach of the right of access to a court if the court dismisses a motion to order an interim measure if it turns out that this entails ineffective subsequent judicial protection. With this reasoning, the Constitutional Court enabled for the issuing of regulatory interim measures in favour of the creditor in cases when unrecoverable damage would be sustained without such a measure.⁹

²Article 50 of the Constitutional Court Act (Zakon o Ustavnem sodišču); Official Gazette RS, No. 15/94 and 108/07.

³Const. Court, Up 107/99, 23 May 2002.

⁴*Ibid.*

⁵Const. Court, Up 268/00, 21 May 2002.

⁶Const. Court, Up 334/98, 10 Feb. 2000.

⁷Const. Court, Up 13/99, 8 Mar. 2001.

⁸Const. Court, Up 54/704, 3 May 2005.

⁹Const. Court, Up 275/97, 16 Jul. 1998.

A part of an effective right of access to court is also the guarantee that a final judgment shall be binding; principle of *res iudicata* is an expression of the right of access to court.¹⁰ In addition, a part of the broader notion of ‘access to court’ is also that a party can rely on an effective enforcement of the final judgment.¹¹

The Slovenian Constitutional Court has extensively dealt with the problem of the relationship between financial burdens of the litigation and the right of access to court. The Constitutional Court confirmed that it is a constitutional demand that an effective access to court is guaranteed and thus it is not sufficient if the right of access is recognized only theoretically. From this demand, it also follows that financial burden of litigation must not form an insurmountable obstacle for the access to court for a poor party. This is a consequence of not only the right of access to court but also of the right of equality before the law and the prohibition of discrimination with regard to financial status (Article 14 of the Constitution).¹² Regulations on court and attorney fees and legal aid are therefore important from this point of view. The Constitutional Court has also stated that this right by its nature calls for a statutory regulation, and it is not unreasonable if the law imposes the obligation that the applicant for legal aid must provide certain certificates to prove his financial status.

3. The Right to Be Heard

Article 22 of the Constitution (the right to equal protection of rights in court) imposes a constitutional demand for ‘equality of arms’ in any court proceedings – including in civil litigation. As the general demand of this provision, the constitutional court defines that every party of the litigation should be given equal opportunity to present his case, including the evidence under circumstances that do not put the party in substantial disadvantage against the opponent.¹³ The most important consequence (however, not the only one) of this constitutional guarantee is the right of each party to be heard (also sometimes referred to as the right to a contradictory procedure). This is one of the most fundamental procedural guarantees, contained not only in the Constitution but also in the CPA (Article 5). Both the Supreme Court as well as the Constitutional Court have on many occasions reaffirmed the importance of this procedural guarantee and many aspects that it includes. The importance of the right to be heard is not merely to assure an equal treatment of the parties (after all, both parties are treated equally in a case when none of the parties are assured the right to be heard) but to assure that a person shall have full opportunity to ‘come to word’ (to have ‘a day in court’), that is to have an opportunity to influence the decision of the court in proceedings concerning his or her rights and legal interests. The Constitutional Court recalls that the right to be heard is based on the respect for human dignity which is a necessary precondition for a democratic state, devoted to the respect for human rights and rule of law.¹⁴ A party must be ensured the possibility

¹⁰Const. Court, Up 206/02, 16 Apr. 2002.

¹¹Const. Court, U-I-339/98, 21 Jan. 1999.

¹²Const. Court, Up 103/97, 26 Feb. 1998.

¹³Const. Court, Up 39/95, 16 Jan. 1997.

¹⁴Const. Court, Up 39/95, 16 Jan. 1997.

to state the arguments in favour of his or her position, make statements in any dispute regarding both factual and legal questions, make statements concerning the assertions of the opposing party and the results of the evidence taken, to be present in the taking of evidence and to cross-examine witnesses and experts.¹⁵ In the broadest terms, a party must be able to get knowledge of and to comment on the whole procedural material on the file, thus all evidence adduced or observations filed, even if they were provided by a third neutral body (such as a judge of a lower court in his report for an appellate court), but with the purpose of influencing the decision of the court.¹⁶ In any case, when a law foresees that a certain person – although a neutral public body – shall have powers to present its comments to a litigation between two (other) litigants, such comments have to be served on the parties and their right to comment and reflect on them must be guaranteed.¹⁷

If a party defaults a certain procedural act and this default results in a preclusion of a particular right, it is a constitutional demand that a party must have an opportunity to achieve a reinstatement (*restitution in integrum*) if the default was due to justified reasons.¹⁸ However, it is a burden for the party to prove that the default was due to justified reasons.

A system of time-limits (“preclusions”) as to until when can a party submit new facts and evidence, has to be considered as a restriction of the right to be heard. However, such a restriction can be constitutionally acceptable if it is a necessary precondition to achieve conformity with the right to trial within reasonable time and if, despite these preclusions, a party still has a reasonable opportunity to present its case.¹⁹

Another consequence of the right to be heard is that the court must drive the attention of the parties to legal grounds which it intends to use when solving the dispute and which the parties did not rely on. The rule of *iura novit curia* applies in Slovenian law and thus, a court may use a legal norm, which none of the parties has relied on. However, if a court decides to do so, it is a constitutional demand that a court should drive the parties’ attention to the possibility of relying on such a norm and thereby enable the parties to comment on it and to adjust their factual assertion to facts, relevant from the viewpoint of such a norm.²⁰ This obligation of a court should, however, not mean that parties are totally free from obligation to diligently prepare their case, also with studying relevant legislation and case law in order to determine what is the proper legal basis of the dispute.²¹

Concerning the evidence, the fact that a party can propose evidence is not the only consequence of the right to be heard, but there is also a corresponding

¹⁵*Ibid.*

¹⁶Const. Court, Up 108/00, 20 Feb. 2003.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸Const. Court, Up 487/01, 21 May 2002.

¹⁹Const. Court, Up 184/98, 2 Feb. 1999.

²⁰Const. Court, Up 130/04, 24 Nov. 2005.

²¹Const. Court, Up 603/13, 16 Feb. 2016.

obligation of the court to, as a principle, take all evidence offered by the parties, under a condition that such evidence is relevant for the case.²² Thus, for the court to be able to reject the offered evidence there must be a constitutionally acceptable ground for such a rejection. As a principle, the constitutional court confirmed that also the fact that evidence was illegally obtained might be an acceptable ground for rejecting such evidence in civil (and not just in criminal) procedure. However, the test of proportionality must be applied to solve the conflict of rights, for example the right to privacy (which would be impeded if such evidence was taken by the court) and the right to effective judicial protection and the right to evidence as one of the expressions of the right to be heard (which is impeded if evidence is rejected by the court).²³ Moreover evidence may be rejected if it is obvious that it is totally inappropriate for establishing the asserted facts or if it is not properly substantiated (i.e., a party who offers evidence has a burden to explain exactly which fact is to be proved, why is that fact relevant for the case and how the offered evidence could contribute to establishing such a fact).²⁴ However, it is not constitutionally acceptable (as a principle) to reject offered evidence with reasoning that it is unlikely that the evidence will succeed.²⁵

Although the Constitutional Court admits that there may be some justified exceptions, the general principle (as a consequence of the constitutional right to be heard) is that a judgment may bind only the parties of the litigation (procedural privity). A result of litigation may not harm a person who was not a party in that litigation – neither by the *res iudicata* effect of the judgment nor by the fact that in a certain later litigation a court would apply evidence, produced in a prior litigation.²⁶

The right to be heard must already be guaranteed in the Court of First Instance. It would not suffice that the opponent would obtain this right only with a possibility to file an appeal. In exceptional circumstances, for example in case of an interim measure of freezing of bank accounts when an effect of surprise is essential, it is permissible that the right to be heard is assured *ex post facto* – with the debtor's right to file an objection against the interim measure. But also in such case, it is essential that this objection is then decided by the Court of First Instance, who must again, in the light of debtor's submissions in objection, reconsider the interim measure.²⁷

*Yet, to the rights of the parties in litigation corresponds their responsibility to contribute to the fulfilment of these rights and also to contribute to the quality, concentration and acceleration of litigation (see Article 11 CPA).*²⁸ The Slovenian

²².Const. Court, Up 121/00, 18 Sep. 2001.

²³.Const. Court, Up 472/02, 7 Oct. 2004.

²⁴.Const. Court, Up 266/01, 25 Apr. 2002.

²⁵.Const. Court, Up 121/00, 18 Sep. 2001.

²⁶.Const. Court, Up 39/95, 16 Jan. 1997. In case, it was unacceptable that an expertise and a statement of an expert witness in a litigation between parties A and B was later used by the court in the litigation between parties A and C (in order to prove the illegality of C's conduct). The party C namely had no opportunity to participate in litigation between A and B, had no chance to cross examine the expert witness and had no chance to challenge his expertise. His right to be heard was thus violated.

²⁷.Const. Court, Up 321/96, 15 Jan. 1997.

²⁸.Const. Court Up-2089/06, U-I-106/07, 18 Oct. 2007.

system of civil procedure does not only aim to establish a proper balance between a claimant and a defendant but also a proper balance and distribution of procedural burdens between the parties and the court.²⁹ Active case management by the court contributes not only to substantive quality of adjudication but also to the concentration and acceleration of litigation. These positive effects can, however, be achieved only if the parties are also active and diligent at the participating in litigation. Thus, it should be a responsibility and obligation of both the parties and the court, to assure the concentration and acceleration of litigation. To make this obligation effective, a certain system of imposing sanctions against parties who do not fulfil this obligation may and should be imposed. This is not a question of diminishing or even abolishing the principle of autonomy of the parties in civil procedure or a question of ideologically burdened discussions about inquisitorial or adversarial or even ‘eastern’ or ‘western’ civil procedure. Parties do remain *dominus litis* (‘the master’) of litigation. This refers to the respect of their autonomy with regard to framing the issue of litigation (claim and facts upon which the claim is based), the respect for the acts of claim disposition (settlement, withdrawal, admission of claim) and the full respect for the parties’ constitutional right to be heard. But, there is no plausible reason to consider the parties as of a litigation regarding the question whether it should be left to the parties to decide when (if whenever at all) the litigation would be allowed to proceed from one stage to another and whether a hearing of a court would be carried out or adjourned. Especially the amendment of the CPA in 2008 emphasized the importance of the obligation of the parties to contribute to the acceleration and efficiency of procedure by strengthening the procedural obligations, combined with the system of sanctions. This is not to be seen as a formalization of the procedure but as a measure, aimed at stimulating parties diligently to participate in procedure in order to assure a timely gathering of procedural material. In consequence, this contributes also to the substantive quality of adjudication.

The Slovenian Constitutional Court very positively evaluated the extended system of procedural sanctions of disregarding new facts and evidence submitted late (as it was introduced by the 2008 CPA amendment).³⁰ It clearly emphasized the principle that the responsibility or burden to contribute to efficient and expeditious proceeding, as well as to the substantive quality of judicial protection, also falls on the parties. Thereby, it should be noted that the very same Constitutional Court otherwise has little or no understanding for procedural novelties which amount to an excessive formalization of procedure. The 2008 CPA amendment indeed included such novelties, many of which have already been declared unconstitutional by the Constitutional Court. The rule that a claim filed by an attorney is immediately stricken out, without the possibility of rectification, if it does not fulfil all formal criteria (Article 108/2 CPA)³¹ or if a correct power of attorney is not submitted (Article 98/5 CPA) has been declared unconstitutional by the Constitutional Court.³² The Constitutional Court also annulled strict procedural sanctions of automatic striking

²⁹Const. Court, Up 603/13, 16 Feb. 2016.

³⁰Const. Court, Up-2443/08, 7 Oct. 2009

³¹Const. Court, U-I-200/09-14, 20 May 2010.

³².Const. Court, U-I-74/12-6, 13 Sep. 2012.

out of a claim in cases where the claimant did not attend the main hearing³³ and the sanction of an automatic judgment by default, if it was the defendant who did not attend the main hearing (regardless of whether he had previously duly filed a defence plea).³⁴ The rule that the service of a claim to a physical person can always be validly effected on the address, entered in the official administrative register, regardless of whether the addressee actually (still) lives at that address and regardless of whether the addressee could, upon reasonable effort actually be found at certain other address (Article 143 CPA), has also been declared unconstitutional since it disproportionately restricts the constitutional right to be heard.³⁵

4. The Obligation to Give a Reasoned Judgment

It is an established position of the Constitutional Court that the duty to reason court decisions is a component of a party's right to make statements before the court as an aspect of Article 22 of the Constitution. The court's duty to appropriately reason its decision is a direct expression of the right to be heard in court, and that it is only from the reasoning that it can be inferred whether the court even examined the statements of the parties to the proceedings and whether it ensured a fair trial.³⁶ The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case. It is not necessary to answer every single argument of the parties, however at least the crucial arguments of the parties have to be dealt with specifically. In addition it is also not always necessary to explicitly answer every point, if already other parts of the reasons can be construed as an implied rejection of the party's position.³⁷ The standards as to the question how extensive reasons in a judgment should be lower for appellate courts, especially for courts, against whose decisions there are no further appeals. If a court of a lower instance already gave extensive reasons concerning a rejection of a party's position and if that party's appeal does not bring any new standpoints, but merely repeats the positions that it already presented during the procedure in the first instance, then it is admissible for the appellate court, simply to endorse reasons of the judgment of the First Instance Court.³⁸

5. The prohibition from an arbitrary departure from the settled case law

The right to equal protection before the court expands beyond the demand of equality of the parties of one litigation – it also implies that equal cases should be decided alike. In the opinion of the Constitutional Court, this constitutional right would, therefore, be violated in a case when a court in a civil litigation arbitrarily decides on the case differently as courts regularly decide similar cases. Thus, the constitutional complaint will have success if the appellant can prove that the judgment

³³ Const. Court, U-I-164/09-13, 4 Feb. 2010.

³⁴ Const. Court, U-I-161/10-12, 9 Dec. 2010.

³⁵ Const. Court, U-I-279/08, 9 Jul. 2009.

³⁶ Const. Court, Up 77/01, 4 Mar. 2004.

³⁷ Const. Court, Up 286/001, 5 Mar. 2001.

³⁸ Const. Court, Up 429/01, 18 Oct. 2001.

in his case contravenes the well-established case law and that the court's decision not to follow the established case law lacks sufficient reasons – in procedural sense, the constitutional court will not determine whether the previous or the new case law is (more) appropriate or correct in substance.³⁹ From the reasons (grounds), contained in the judgment it should be evident that the departure from the established case law was intentional (and not just a result of a judge's lack of knowledge of case law) and that there were, according to the opinion of that judge, good grounds for a change in the case law. It is expected from the judge to specifically explain the reasons that substantiate the departure: this means that they must know the case law, explain why they do not agree with such, and provide reasons for a different decision and thereby an attempt to change the case law for the future.⁴⁰

It is however not within a jurisdiction of the Constitutional Court to decide which interpretation of law is correct if both such interpretations are acceptable from the viewpoint of conformity with the Constitution. In such a case, the final word in interpreting statutory law is reserved for ordinary courts (especially the Supreme Court) and the Constitutional Court would exceed limits of its jurisdiction if it interfered with the interpretation of statutory law, given by the ordinary courts. Furthermore, the prohibition of the arbitrary departure from case law does not mean that case law (precedents) cannot be changed. The Constitutional Court has already taken the position that it cannot and should not prevent changes and thereby the development of case law.⁴¹

However, the constitutional court rejected the plea that it is a consequence of the equality before the law that a new procedural legislation ought not to be used in cases already pending. The Constitutional Court reaffirmed the traditional position in procedural law that the new procedural legislation may be applied also to cases which are already pending.⁴² There is just a guarantee that an immediate application of new legislation should not result in a deprivation of the position of the party, who relied on the old (then valid) legislation. It was therefore permissible that a new law substantially raised a limit concerning the value of claim, which determines whether a revizija (a further appeal on points of law to the Supreme Court) is permissible, and that such new law was applicable also to cases, in which an action to the Court of First Instance was filed already before the new law came into force.⁴³

6. The Right to Appeal

Article 25 of the Slovenian Constitution guarantees a right to appeal against decisions of courts (no such right is laid down in the ECHR with regard to decisions concerning civil rights and obligations, a right to appeal is guaranteed by the Seventh Protocol to the ECHR, however only in criminal procedure). The right to appeal

³⁹Const. Court, Up 188/02, 11 Dec. 2003.

⁴⁰*Ibid.*

⁴¹Const. Court, Up 22/94, 7 Mar. 1997.

⁴²Const. Court, U-I-21/02, 12 Sep. 2002.

⁴³*Ibid.*

as a constitutional right of course does not mean that the Constitutional Court is empowered to review the correctness of the appellate court's decision concerning the application of law and assessment of facts. The right to appeal as a constitutional right is a procedural guarantee, imposing an obligation upon appellate court to take the appeal into consideration and to answer all of the appellant's relevant arguments. Therefore, it is a consequence of the constitutional right to appeal that the decision of the appellate court must be reasoned; however, standards as to the question how detailed a motivation of the judgment should be, are lower for appellate courts than for the Courts of First Instance.⁴⁴ A precondition for the right to appeal is that a judgment of a Court of First Instance must always be reasoned because only in such way can a party effectively fulfil his or her right to appeal against that decision. In the opinion of the Constitutional Court, the right under Article 25 of the Constitution is also not violated if due to a different legal evaluation the appellate court overturns the judgment of the Court of First Instance. The Constitutional Court, however, found a violation of this right in a case in which the party missed the time limit to file an appeal due to erroneous legal instructions,⁴⁵ and in a case in which the court issued a default judgment, but from the reasoning it did not follow which legal norm was the basis for finding that the claim was substantiated.⁴⁶

The Constitutional Court has also stated that the right to appeal as a constitutional right only guarantees a right of access to appellate courts, but not an appeal to the Supreme Court (*revizija*) against appellate courts' judgments.⁴⁷ However, if a statute does provide for access to the Supreme Court, then the procedure before the Supreme Court must conform with all constitutional procedural guarantees – such as right to be heard and equality of arms.⁴⁸

The Constitution (unlike, for example, in case of a right to public trial) does not foresee that a statute could restrict the right to appeal. Therefore, it is not possible for a legislator in Slovenia to exclude an appeal in toto, for example, for small-value claims. It is however considered to be acceptable to restrict grounds for appeal – in Slovenian civil procedure, for example, an appeal against a decision in small claims procedure may only be based on an erroneous application of substantive law and on a grave ('absolute') procedural error (Article 458, CPA).

7. The Right to a Trial without Undue Delay

The Constitution of Slovenia (like the Article 6/1, ECHR) explicitly provides for a guarantee of a trial within reasonable time ('without undue delay' – Article 23 of the Constitution). The principle of speedy trial is envisaged also by Article 11 of the CPA. However, it can be critically assessed that the CPA, although proclaiming a

⁴⁴Const. Court, Up 458/02, 13 Oct. 2003.

⁴⁵Const. Court, Up 148/01, 29 Oct. 2001.

⁴⁶Const. Court, Up 201/01, 6 Oct. 2003. Pursuant to Art. 318.1 of the CPA, the default of a defendant results in a conclusion that he or she admits the facts, stated in the claim, however the court must still prove whether, based on such facts, the claim is well-founded in substantive law.

⁴⁷Const. Court, Up 188/01, 25 Mar. 2002.

⁴⁸Const. Court, Up 373/97, 22 Feb. 2001.

principle of a trial within reasonable time, does not contain sufficient procedural tools that would enable the achievement of this goal. Although the new CPA from 1999 brought some improvements, it can be realistically assessed that the crisis of the civil justice in Slovenia continues. Slovenia is still hampered by excessive duration of civil litigations and by huge backlogs in courts. This seriously undermines the reputation of the courts in public opinion as well as the legal certainty. Both The ECourHR⁴⁹ and the Constitutional Court of Slovenia⁵⁰ delivered influential judgments stating that there is a structural defect in the functioning of Slovenian civil justice and that the right to trial within a reasonable time is too often violated. There certainly are fields where improvements are possible and desirable. One of these is the organization of a preparatory stage of civil litigation. It is not an exaggeration to assess that the current CPA does not provide sufficient tools for an effective preparation of a trial. Moreover, the law still does not provide for sufficient tools (or sometimes it is just that courts do not apply the already existing tools often enough), which would effectively prevent parties and their attorneys from dilatory tactics and from non-diligent preparation of their cases, which often results in undue delays in litigations.

Regarding the criteria to review the violations of the right to trial without undue delay, the Constitutional Court of Slovenia relied on the standards, established by the case law of the ECourHR. These are in particular the complexity of the case, the conduct of the applicant and of the relevant authorities, and the importance of what is at stake for the applicant in the litigation. But recently, foremost the question whether there are any effective procedural remedies against an excessive duration of procedure, gained on importance. The ECourHR has namely started to examine the length of proceedings cases from the viewpoint of two conventional rights: right to trial within reasonable time (Article 6/1 ECHR) and the right to effective legal remedy against the violation of conventional rights (Article 13 ECHR). The European Court found in the *Lukenda* case that also the Slovenian legal system does not provide for adequate and effective legal remedies against the violation of a right to trial within reasonable time.⁵¹ It found that a party could neither invoke such remedies when the proceedings in question were still pending, nor can he or she effectively claim a compensation foremost for non-pecuniary damages after the termination of proceedings, in which the right to trial within reasonable time was violated. With regard to the damages it should be noted that the Slovenian Code of Obligations provided for a state's responsibility for damages caused by state authorities, but the Code contains an exclusive list of legally recognized non-pecuniary damages and the suffering, caused by an excessive duration of proceedings is not included in that list.

Shortly after the decision of the European Court in the *Lukenda* case, the Slovenian Constitutional Court also rendered a judgment in which it declared that the Slovenian legal system does not provide for adequate remedies against the violation of the right to trial without undue delay.⁵²

⁴⁹ECHR Judgment, *Lukenda v. Slovenia* (no. 23032/02), 4 Oct. 2005.

⁵⁰Decision of the Const. Court, No. U-I-65/05, 5 Oct. 2005.

⁵¹*Lukenda v. Slovenia*, No. of the application 23032/02; Judgment dated 6 Oct. 2005.

⁵²Const. Court, No. U-I-65/05, 22 May 2005.

Following the decisions of the European court and the Constitutional Court, the legislator adopted a new law – the Act on Protection of the Right to Trial without Unnecessary Delay.⁵³ The Act provides that in the event of a delay in the proceedings any party may lodge a request for supervision (*nadzorstvena pritožba*) with the president of the court. The president of the court may request the presiding judge to report on progress in the proceedings and is required to indicate in writing to the presiding judge any irregularities he finds. He or she may put the case on the priority list or set deadlines for procedural measures, but it must be stressed that no supervision of substantive or procedural decisions is possible and the principle of independence of the judge is maintained. If the delay has been caused by a heavy caseload, the president of the court may order the case concerned or other cases to be transferred to another judge. If this remedy proves unsatisfactory a further remedy is available: a motion for setting of deadlines with the president of a superior court.

Furthermore, the Act provides for a civil action for compensation after the proceedings had terminated. It specifically defines a non-pecuniary damage, caused by an excessive duration of court proceedings as a legally recognized damage. The Act limits the amount of non-pecuniary damages to EUR 300–EUR 5,000, whereby a court can, when appropriate, taking in the account foremost the behaviour of the applicant in the previous procedure, reject the claim for monetary damages if it finds that a mere declaration of violation (and a possible publication of a judgment) presents a sufficient remedy. The Act also imposes a procedural prerequisite that prior to an action the claimant must seek a consensual dispute resolution with a state attorney. An action may be filed only if a settlement is not reached.

It would be unrealistic to expect that the presented new law would substantively contribute to the acceleration of court proceedings in Slovenia (it will just contribute to lessening of a burden to the ECourHR as an appeal to this court will only be admissible after the exhaustion of these remedies.⁵⁴ This is probably what the European Court foremost had in mind when it started imposing obligations to the Member States to establish domestic remedies). Remedies such as a motion for setting of deadlines and a request for supervision can be very effective in a system which in general functions well with the exception of individual cases of violation. However, Slovenian judiciary suffers from huge backlogs in courts and overburdening of judges, therefore violations of the right to trial within reasonable time are not that often a result of inadequate measures of a judge in particular case but rather of the mere fact that the case did not yet get on the agenda due to backlogs. In such conditions, the mentioned remedies cannot really be effective – unless they result in taking the cases ‘over the queue’, which however jeopardizes the right to equality before the law. Although the situation has been steadily improving over the last decade, it still, to a significant extent, remains an unfulfilled obligation for Slovenia to ensure that judgments are delivered within reasonable time.

⁵³*Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja* (ZVPSBNO); Official Gazette, No. 49/06.

⁵⁴See Judgment of the ECourHR, *Grzinčičv. Slovenia*, No. 26867/02, 3 May 2007.

8. Conclusion

The case-law of the Constitutional Court, which has, over the last decades developed in the course of constitutional complaints proceedings, has influenced massively the development of civil procedure law in Slovenia. This was certainly a welcome development. The case law of the Constitutional Court is an important source of inspiration for the scholarly research and legal writing and for the way how civil proceedings are unfolded in Slovenia.

On the other hand, the existence of an additional remedy – the constitutional appeal – also causes numerous problems and, to a certain extent, diminishes legal certainty. The problem relates to the limits of the Constitutional Court's control of the judgments of the ordinary courts and it creates an uneasy relationship between the Constitutional Court on the one hand and the Supreme Court on the other.

Д-р Татјана Зороска-Камиловска, редовен професор на
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ПОВТОРУВАЊЕ НА ПАРНИЧНА ПОСТАПКА ПО ПРЕСУДА НА ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

341.645.5(44):347.958(497.7)

изворна научна статија

Предмет на анализа на овој труд е можноста да се повтори парнична постапка по повод конечна пресуда на ЕСЧП со која е утврдена повреда на правата загарантирани со ЕКЧП. Тоа е една од поединечните мерки кои државата може да ги воведете заради отстранување на последиците од повредата на конвенциските права согласно со Препораката бр. Р (2000)2 на Комитетот на министрите на Советот на Европа, особено во случаите кога оштетената странка трпи сериозни негативни последици од одлуката на домашниот суд, кои не можат да се поправат соодветно со правичното задоволување, па е оправдано да се дозволи повторување на правосилно завршена постапка. И покрај фактот што воведувањето на оваа процесна можност го тангира принципот *res iudicata* на национално ниво, голем број држави договорнички, меѓу кои и Република Северна Македонија, во своите граѓански процесни законодавства ја предвидуваат оваа основа за повторување на парничната постапка. Нормативните решенија во одделните држави се различни, како и обемот и ефектите од нивната примена. Целата на овој труд е да ја презентира нормативната рамка на институтот повторување на постапката по повод конечна пресуда на ЕСЧП воведен во македонското законодавство со ЗПП од 2005 година. Направен е обид да се собере и анализира не така богатата судска практика во врска со овој процесен институт и посебно да се акцентираат клучните прашања во неговата практична примена.

Клучни зборови: Европски суд за човекови права, конечна пресуда, повторување на парнична постапка

1. Вовед

Сознанието дека човештвото во современи услови е соочено со повеќе од доволен број звучни принципи и декларации беше пресудно, во европски контекст, прашањето за заштитата на човековите права да премине од фазата на идеологија, фразеологија и апологетика кон фазата на ефикасна примена на системот за заштита на правата на човекот¹. Темелно значење за новите тенденции во развивањето на концептот на човековите права и механизмите за нивна заштита, вклучувајќи ги и процесните права, има Европската конвенција за за-

¹Во таа насока и Љубомир Д. Фрчкоски, *Меѓународно право за љубавта на човекои* (Магор 2001) стр. 163.

штита на човековите права и основните слободи (во натамошниот текст: ЕКЧП или Конвенцијата)². Донесена две години по усвојувањето на Универзалната декларација за правата на човекот, која беше директен извор на инспирација за нејзиното изготвување, ЕКЧП беше првиот меѓународен инструмент со кој суверените држави се согласија да бидат правно обврзани, секоја во рамките на својата јурисдикција, да обезбедат широк сет на човекови права и, што е уште позначајно, да воспостават ‘супранационален контролен механизам’ за обезбедување на почитувањето на прокламираните права. Од своите почетоци до денес, овој контролен механизам имаше своја сопствена еволуција и рационализација, втемелувајќи го Европскиот суд за човекови права (во натамошниот текст: ЕСЧП или Судот) како носечка институција на системот³.

Влијанието на ЕКЧП и практиката на ЕСЧП врз правото и практиката на државите договорнички е повеќекратно. Една од најопштите, но истовремено и најдалекусежните последици од ратификацијата на ЕКЧП во одделните држави договорнички без сомнение е интернационализацијата на домашните извори на правото (нормативно ниво) и на домашната судска практика (ниво на примена на правото во поединечни случаи)⁴. Повеќето држави што ја ратификувале ЕКЧП и го прифатиле индивидуалното право на жалба пред нејзините контролни органи се соочиле со предизвикот дека исполнувањето на преземените обврски од Конвенцијата сосема го менува пејзажот на домашниот правен поредок. Притоа, во првите неколку години по ратификацијата, редовна појава беше Конвенцијата и јуриспруденцијата заснована врз неа на нејзините контролни органи да се доживуваат како продирање на туѓи елементи кои ја заматуваат чистотата на домашниот, добро познат правен поредок⁵. Сепак, тој отпор почна брзо да исчезнува откако рационално почнаа да се вреднуваат придобивките што ЕКЧП ги донесе на планот на унапредувањето на човековите права и нивната заштита, и тоа не само преку постапувањето на контролните механизми во Стразбур, туку и преку нејзина непосредна примена од страна на домашните судови, како и со можноста да се повтори постапката пред домашните судови по констатирана повреда од страна на ЕСЧП. Не заборавајќи ја попатната инсуфициентност и неефикасност на европските контролни механизми, ефектите од постојаната примена на Конвенцијата на европскиот континент седумдесет години подоцна оправдано ѝ го обезбедија атрибутот „уставен инструмент на европскиот јавен поредок“ (*a constitutional instrument*

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (signed 4 November 1950, entered into force 3 September 1953).

³ Види повеќе кај Michael O’Boyle, ‘On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights’ [2008] 1 European Human Rights Law Review 3.

⁴Подготвеноста со која се прифаќаат одредбите на Конвенцијата и одлуките на Судот се толкува како „показател за појавување на еден многу важен феномен во западната правна традиција: ефикасен систем на меѓународно право со кој се уредуваат некои од најосетливите области на она што порано се сметаше дека спаѓа во исклучив домен на националниот суверенитет“. Така, М Јанис Р Кеј и А. Бредли, *Европско право за човекови права* (Матица 2002), 13.

⁵Ова особено се однесува на државите чии правни поредоци се втемелени на традициите на континенталното право, каде што причина повеќе за појава на извесна претпазливост и резервиран став кон ЕКЧП е околноста што јуриспруденцијата на контролните органи во многу свои елементи потсетува на англоамериканското *judge made law*.

of European public order (*ordre public*)⁶ во подрачјето на човековите права.

Од повеќето споменати модалитети на влијание на ЕКЧП и јуриспруденцијата на ЕСЧП врз правните поредоци на државите договорнички, овој труд ќе се фокусира на можностите за повторно отворање или повторување на парничната постапка пред домашните судови по констатирана повреда на конвенциските права од страна на ЕСЧП. Анализата, главно, се однесува на процесноправниот режим и судската практика во Република Северна Македонија со попатни компаративни правни осврти. Претензиите се скромни: да се презентира постојната нормативна рамка и скромната судска практика, но и да се нотираат и да се направи обид да се даде одговор на некои клучни прашања кои се поставиле во текот на досегашната примена на овој процесен институт.

2. Осврт на дејството на пресудите на ЕСЧП и можностите за повторување на постапката пред домашните судови

Член 46(1) од ЕКЧП (насловен „Задолжителност и извршување на пресудите“) во превод на македонски јазик гласи: „*Високиите страни договорнички се обврзуваат да се придржуваат кон конечните пресуди на Судот во споровите во кои се странки*“.

Дополнително, став 2 на овој член утврдува дека: „*Конечните пресуди на Судот му се доставаат на Комитетот на министриите којшто го надгледува нејзиното извршување*“⁷.

Од цитираните одредби недвосмислено прилегува дека конечната пресуда на ЕСЧП е правно обврзувачка за државата странка во спорот⁸, а супервизија над нејзиното извршување врши Комитетот на министрите на Советот на Европа. Сепак, цитираните одредби не го специфицираат начинот на реализација на обврската за придржување кон конечните пресуди на Судот, оставајќи им ја одлуката на земјите членки за тоа како да се усогласат со неа. Со тоа тие оставаат отворена врата за толкувања, често и многу различни едно од друго⁹. Сепак, од крајот на 90-тите години на минатиот век и, особено, во почетокот на 21 век е забележлив еден пресврт во толкувањето на одредбата од член 46(1) од ЕКЧП и етаблирање нов став на ЕСЧП за ова прашање. Така, на пример, во

⁶ Geir Ulfstein, *The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?* (March 19, 2014). Festschrift to the 40th Year Anniversary of the Universität der Bundeswehr, Munich: 'To Live in World Society – To Govern in the World State', Forthcoming, PluriCourts Research Paper No. 14-08, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2419459>.

⁷Текстот на Конвенцијата и ратификуваните протоколи е достапен на македонски јазик на http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_MKD.pdf.

⁸ Стварниот досег на дејството на пресудите на ЕСЧП е многу поголем отколку што на прв поглед изгледа. Иако пресудата на Судот е правно обврзувачка само за државата што ја повредила Конвенцијата, а не и *erga omnes* - кон другите држави, секоја пресуда на Судот *de facto* има голем публицитет меѓу европските држави. Сите европски држави со исклучителна внимателност и будност ја следат јудикатурата на Судот и на неа константно ги прилагодуваат своето право и практика со цел да ја избегнат можноста и тие да бидат осудени за исти повреди, како и некоја друга држава договорничка.

⁹ Така Riccardo de Caria, 'The Fork in the Road after Strasbourg: Effective Remedy or Moral Victory? A provocative Interpretation of the Duty to 'Abide by the Final Judgment' of the European Court of Human Rights, from the Italian Perspective' [2010] 1(2) Comparative Law Review 1.

пресудата донесена во случајот *Scozzari u Giunta* против Италија¹⁰, ЕСЧП јасно укажа дека „... (п)ресудата во која Судот ќе утврди прекршување и наметнува на тужената држава законска обврска не само да им ги исплати на засегнатите сумите досудени како правичен надоместок, туку и да ги избере, под надзор на Комитетот на министрите, општите и/или, доколку е соодветно, поединечните мерки што треба да се усвојат во нивниот домашен правен поредок за да се стави крај на прекршувањето што го утврди Судот и да се отстранат колку што е можно неговите последици“¹¹. Всушност со пресудата *Scozzari u Giunta* против Италија, ЕСЧП прв пат ги протолкува во меѓусебна корелација член 41¹² и член 46 од Конвенцијата, востановувајќи на тој начин за државите договорнички обврска да преземат општи¹³ и поединечни¹⁴ мерки, надвор од кругот на паричните надоместоци кои Судот ги досудува во своите пресуди.

Од друга страна, ЕКЧП не предвидува одлуките на ЕСЧП на кој било начин да го менуваат принципот *res iudicata* и со тоа да ја доведат во прашање правосилноста на одлуките на националните судови, без оглед на фактот што Судот утврдил дека со нив се повредуваат одредбите од Конвенцијата¹⁵. Одлуката на ЕСЧП е „суштински деклараторна“. Таа сама по себе не ги поништува, ниту ги укинува националните закони или пресуди што ѝ противречат. Нејзиното дејство се исцрпува со утврдување дека постои повреда, а нејзината правна задолжителност се изразува како обврска за државата на која се однесува да преземе соодветни мерки за репарација на повредата. Ова е дотолку повеќе што во постапката пред ЕСЧП домашната судска одлука со која е наводно повредено право загарантирано со ЕКЧП не е директен предмет на побивање, ниту Судот има во однос на таа одлука касаторни или ревизиски овластувања¹⁶. Државите се одговорни за извршувањето на одлуките на ЕСЧП, но тоа сè уште не значи дека пресудите имаат *ipso facto* правна сила во нивните национални

¹⁰ *Scozzari and Giunta v. Italy* App no 39221/98 and 41963/98 (ECtHR, 13 July 2002).

¹¹ *Ibid*, para. 249.

¹² Со член 41 од Конвенцијата се утврдува дека ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи и ако внатрешното право на заинтересираната висока страна договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот ѝ дава на оштетената страна, доколку е потребно, правично задоволување.

¹³ Општите мерки имаат цел да ги отстранат причините кои довеле до повреда на правата гарантирани со Конвенцијата. Тие можат да имаат различна природа: законодавни (донесување нови закони или изменување на постојните), извршни (донесување уредби и други акти за спроведување на законите), правосудни (измени во судската практика), или практични (зголемување на бројот на судиите и врботените во судската служба, подобрување на просторните, материјално-техничките капацитети на судството и сл).

¹⁴ Поединечните мерки секогаш се спроведуваат спрема номинално одредени физички или правни лица кои со пресудата на ЕСЧП се прогласени за жртви на повреда на конвенциските права и имаат цел да воспостават состојба која постоела пред повредата (*restitutio in integrum*).

¹⁵ И самиот ЕСЧП во случајот *Saudi против Франција* забележува дека Конвенцијата не му дава јурисдикција да ѝ наложи на Франција да отвори ново судење (види, *mutatis mutandis*, пресуда Белилос против Швајцарија од 29 април 1988 година, Серија А бр. 132, стр. 32, пара.76) или да донесе една од другите мерки што ги бара барателот. Види *Saudi v. France* App no 14647/89, (ECtHR, 20 September 1993) para.47

¹⁶ Така и Siniša Triva i Mihajlo Dika, *Граѓанско парнично процесно право* (Narodne Novine d.d. 2004), 84, Gordana Stanković i Nevena Petrušić, *Novine u граѓанском процесном праву* (Udruženje za граѓанско процесно i arbitražno право 2005), 5.

правни поредоци¹⁷. Од правото на одделните држави договорнички зависи дали и на каков начин ќе дојде до преиспитување или евентуално до измена на домашната судска одлука, во случаите кога со одлука на ЕСЧП е утврдено дека со домашната судска одлука е повредено некое право или слобода што се загарантирани со ЕКЧП¹⁸.

Сепак, ова не беше пречка Комитетот на министри на Советот на Европа во 2000 година да ја донесе Препораката бр. Р (2000)2¹⁹ со која им сугерираше на државите договорнички со своите прописи да обезбедат можност за преиспитување на предметите (*re-examination*) или за повторување на постапката (*reopening*) во предметите во кои, според наоѓањето на ЕСЧП, е повредено право на странката загарантирано со Конвенцијата. Ова особено се сугерира во случаите кога: а) странката на која ѝ е повредено правото сè уште трпи сериозни негативни последици од одлуката на домашниот суд, кои не се соодветно поправени со правичното задоволување и можат да се поправат единствено со повторување на постапката, и б) кога одлуката на Судот води кон заклучок дека оспорената судска одлука во својот меритум е спротивна на ЕКЧП, или дека констатираната повреда се заснова на процесни грешки или недостатоци кои имаат таква тежина што фрлаат сомневање на исходот на домашната постапка²⁰.

Повторувањето на домашните судски постапки (за разлика од преиспитувањето), поради фактот што влијае на принципот *res judicata* на национално ниво, е несомнено највпечатливиот ефект што може да го има една меѓународна пресуда²¹. Сепак, сосема исправно во литературата се констатира дека на повторувањето на постапката не треба да се гледа како на панацеја во случаите на констатирана повреда на човековите права. Напротив, опсегот за повторно отворање на случаите треба да биде строго дефиниран, бидејќи може сериозно да ги наруши правата на трети лица, особено во сферата на граѓанското право²².

Голем број држави договорнички, меѓу кои и Република Северна Македонија²³, веќе ја имаат имплементирано оваа Препорака, внесувајќи во своите граѓански процесни законодавства нова основа за повторување на постап-

¹⁷ Ваквиот карактер и правно дејство на одлуките на Судот произлегува и е во согласност со карактерот на ЕКЧП – таа е специфична комбинација на уставноправни и меѓународноправни норми и обврски, што ги принудува контролните органи на Конвенцијата да го негуваат повеќе духот на кооперативност со државите договорнички отколку духот на конфронтација.

¹⁸ Повеќе кај Georg Ress, 'The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order' (2005) 40(3) Texas International Law Journal 359.

¹⁹ Recommendation No R(2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on re-examination or reopening of certain cases at domestic level following Judgments of the European Court of Human Rights.

²⁰ Ibid, II (i)(ii).

²¹ Elisabeth Lambert - Abdelgawad, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, (Council of Europe Publ 2008) 18.

²² Ibid.

²³ Република Северна Македонија стана членка на Советот на Европа во ноември 1995 година, а ја ратификуваше ЕКЧП на 10.4.1997 година, која влезе во сила на 1.2.1998 година. Република Северна Македонија ги има ратификувано и протоколите број 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14 и 15.

ката²⁴. Сепак, и од еден бегол осврт на компаративните решенија може да се констатира дека државите договорнички исклучително претпазливо ги даваат можностите за повторување на граѓанските постапки, најчесто повикувајќи се на следниве пречки: принципот *res judicata*²⁵, правната сигурност, заштитата на трета страна²⁶, неможноста да се поправат недостатоците на донесените пресуди пред многу години со оглед на динамичната природа на приватноправните односи итн²⁷.

²⁴ До крајот на 2015 година, покрај во Република Северна Македонија, можност за повторување на граѓанска постапка постои во 23 земји членки на Советот на Европа (Албанија, Ерменија, Босна и Херцеговина, Хрватска, Чешката Република, Данска, Естонија, Финска, Грузија, Германија, Латвија, Литванија, Република Молдавија, Норвешка, Португалија, Романија, Руската Федерација, Сан Марино, Србија, Словачка, Шпанија, Швајцарија и Турција), а се разгледува во Италија. Според Steering Committee for Human Rights (CDDH), Committee of Experts on The Reform of the Court (DH-GDR), Overview of the exchange of views held at the 8th meeting of DH-GDR on the provision in the domestic legal order for the re-examination or reopening of cases following judgments of the Court, Strasbourg, 12 February 2016, 6.

²⁵ Токму почитувањето на овој принцип е причината во процесното законодавство на Ирска да не постои експлицитна можност за повторување на парничната постапка по пресуда на ЕСЧП. Ист е случајот и со Словенија. Така, на пример, во пресудата донесена во случајот *Gaspari v. Slovenia* (App no 21055/03 (ECtHR 21 July 2009), ЕСЧП сметаше дека ставањето на апликантот во положба во која би бил ако не се занемарени барањата од член 6 на Конвенцијата најдобро би се постигнало доколку домашното законодавство предвидува можност за повторно отворање на постапката. Меѓутоа, Уставниот суд на Република Словенија во одлуката од 14.4.2011 година заведе став дека одлуката на ЕСЧП не значи дека Уставниот суд треба да наметне обврска за безусловно извршување на поединечна мерка преку повторното отворање на парничната постапка. Напротив, Уставниот суд сметаше дека ЕСЧП нема овластување да дава наредби за повторно отворање граѓански постапки. Оттука, Уставниот суд утврди дека причините на кои ЕСЧП ја заснова својата конкретна одлука може да се сфатат како укажување на можен тип мерка што би можела да се преземе со цел да се стави крај на последиците од констатираната повреда. Со оваа одлука, Уставниот суд на Република Словенија ја отфрли иницијативата за оценка на уставноста на членовите 394–401 на Законот за парнична постапка на Словенија. Види U-I-223/09-21 Up-140/02-38 14 April 2011, достапно на <http://www.us-rs.si/documents/fa/39/up-223-09-up-140-02-final2.pdf>.

²⁶ Токму засегањето на правата на трети лице е причината зошто, на пример, во Австрија не постои можност за повторување на парничната постапка по конечна пресуда на ЕСЧП. Ист е случајот со Холандија каде што токму правата на третите лица и правната сигурност се основните пречки зошто не постои можност за повторување на постапката по оваа основа според холадскиот Законик за граѓанска постапка.

²⁷ За важноста од сите овие пречки зборува и Врховниот суд на Полска во својата одлука од 30.11.2010 година. Врховниот суд на Полска ја исклучи можноста за повторно отворање граѓанска постапка директно врз основа на пресуда на ЕСЧП. Според милењето на Врховниот суд, Конвенцијата не наметнува апсолутна обврска да се воведат таква можност во граѓански предмети оставајќи поширок простор на домашните законодавци според доктрината *margin of appreciation*. Врховниот суд на Полска ја доведе во прашање соодветноста на ваквото решение во парничната постапка повикувајќи се на потребата од почитување на стабилноста на правосилните пресуди и правата стекнати *bona fide* од трети лица. Види, Steering Committee for Human Rights (CDDH), Committee of Experts on the Reform of the Court (DH-GDR), Compilation of written contributions on the provision in the domestic legal order for re-examination or reopening of cases following judgments of the Court, Strasbourg, 21 May 2015.

3. Повторување на парничната постапка по конечна пресуда на ЕСЧП во македонскиот ЗПП и во судската практика

Република Северна Македонија ја искористи реформата на парничното законодавство во 2005 година за отворање на можностите за повторување на парничната постапка по донесена пресуда на ЕСЧП со која е утврдена повреда на конвенциските права. Член 400²⁸ од Законот за парничната постапка (ЗПП) од 2005²⁹ година гласи:

‘(1) Кога Европскиот суд за човекови права ќе утврди повреда на некое човеково право или на основните слободи предвидени во Европската конвенција за заштитата на основните човекови права и слободи и во Додолжителните протоколи на Конвенцијата, кои Република Македонија ги ратификувала, странката може во рок од 30 дена од конечносата на пресудата на Европскиот суд за човекови права да поднесе барање до судот во Република Македонија кој судел во прв степен во истата во која е донесена одлуката со која е повредено некое од човековите права или основните слободи за измена на одлуката со која иако право или основна слобода е повредена.

(2) Во истата одлика (1) на овој член соодветно се применуваат одредбите за повторување на истата.

(3) Во повторувањето на истата судовите се должни да ги почитуваат правните ставови изразени во конечната пресуда на Европскиот суд за човекови права со која е утврдена повреда на основните човекови права и слободи.’

Од цитираната законска одредба може да се констатира дека се работи за едно специфично повторување на парничната постапка, кое во продолжение ќе биде детално анализирано. Но, најнапред неколку напомени за повторувањето на парничната постапка, воопшто.

Како што е познато, повторувањето на постапката е вонреден правен лек што можат да го изјават странките во парничната постапка против одлука со кои постапката правосилно се завршува³⁰. Притоа, ирелевантно е дали постапката е правосилно завршена со пресуда или со решение. Исто така, ирелевантно е во кој степен настапила правосилноста, односно дали до правосилност дошло по користење на редовните правни лекови или независно од нив. Со овој правен лек се тежнее кон укинување на неправилните правосилни одлуки на судот, повторно расправање за спорната работа и донесување нова мериторна одлука, а заради отстранување на неправилноста на одлуката која е насочена против целите на парничната постапка и која претставува негација на судската заштита на правата³¹.

²⁸ Членот има наслов: ‘Повторување на постапка по повод конечна пресуда на Европскиот суд за човекови права во Стразбур’.

²⁹ „Службен весник на РМ“, бр. 79/2005.

³⁰ Член 392 став 1 од ЗПП.

³¹ Така Samuel Kamhi, *Građanski sudski postupak* (Veselin Masleša 1961) 449.

Повторувањето на постапката е и несуспензивен, по правило, ремонстративен, двостран и ограничен правен лек. Ограниченоста се однесува на причините поради кои може да се бара повторување на постапката и условите под кои предлагачот може да се повика на тие причини и на роковите во кои може да се бара повторување на постапката³².

Причините за повторување на постапката се таксативно наведени во ЗПП, а во процесната литература тие вообичаено се класифицираат во неколку групи. До 2005 година, во парничното законодавство на Република Северна Македонија постојеа три групи причини за повторување на постапката: 1) некои суштествени повреди на одредбите на парничната постапка; 2) противправни дејствија (кривични дела) на учесниците во парничната постапка; и 3) нови факти и нови докази³³. Кон нив во 2005 година е воведена нова специфична причина: 4) повреди на човековите права и основните слободи утврдени со конечна пресуда на ЕСЧП³⁴. Притоа, повредата на човековите права и основните слободи утврдена со конечна пресуда на ЕСЧП претставува посебна основа за повторување на постапката и таа не треба да се меша со другите основи/причини за повторување утврдени со член 392 од ЗПП³⁵, независно што при повторувањето на постапката по овој основ законот предвидел соодветна примена на одредбите за повторување на постапката.

Повторување на постапката се иницира со предлог за повторување на постапката, кој секогаш се поднесува до судот што ја донел одлуката во прв степен. Предлогот за повторување на постапката треба да ги содржи сите податоци што ги содржи секој поднесок, а покрај тоа, во предлогот особено мора да се наведат: законскиот основ според кој се бара повторување, околностите од кои произлегува дека предлогот е поднесен во законскиот рок и доказите со кои се поткрепуваат наводите на предлагачот³⁶.

Повторувањето на постапката е сложен процесен институт. За да може да се повтори парничната постапка што е правосилно завршена, потребно е најпрво да се укине правосилната пресуда, која според принципот *ne bis in idem* е процесна пречка за повторно постапување и одлучување во истата правна работа, а потоа да се пристапи кон ново судење. Оттука, и постапката по предлогот за повторување е структурирана во неколку фази: а) фаза во која се испитува дозволеноста на предлогот за повторување на постапката; б) фаза во која се испитува основаноста на предлогот за повторување на постапката; и в) фаза во која повторно се расправа за главната работа³⁷. Ова се однесува и на повторувањето на постапката по повод конечна пресуда на ЕСЧП, како што јасно произлегува од горечитираниот член 400 став 2 од ЗПП.

³² Види повеќе кај Арсен Јаневски и Татјана Зороска-Камиловска, *Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право, второ изменето и дојдленето издание* (Правен факултет „Јустинијан Први“ 2012) 494-499.

³³ Член 392 од ЗПП.

³⁴ Член 400 став 1 од ЗПП.

³⁵ Во таа насока, види го образложението на одлуката – Решение на Апелациониот суд Скопје, РОЖ – 1164/14 од 14.10.2015 година.

³⁶ Член 395 од ЗПП.

³⁷ Така и Siniša Triva i Mihajlo Dika (fus 16) 749-752, Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku* (Službeni glasnik 2009) 1012.

Кога станува збор за повторување на постапката по пресуда на ЕСЧП, основна претпоставка за негова дозволеност е да постои конечна пресуда на Судот со која е утврдена повреда на некое човеково право или основна слобода гарантирани со ЕКЧП и во Дополнителните протоколи на Конвенцијата, кои ги ратификувала Република Северна Македонија. Кога пресудата на ЕСЧП станува конечна е определено со член 44 од Конвенцијата³⁸. Од друга страна, фактот што во ЗПП изречно стои дека ‘кога ЕСЧП ќе утврди повреда на некое човеково право или на основните слободи предвидени во ЕКЧП и во Дополнителните протоколи на Конвенцијата, кои Република Македонија ги ратификувала, странката може во рок од 30 дена од конечноста на пресудата на ЕСЧП...’ може да се заклучи дека ЗПП ја исклучува можноста повторување на постапката да се бара во случаите кога постапката пред ЕСЧП завршила со постигнување пријателско спогодување³⁹ или врз основа на еднострана (унилатерална) декларација⁴⁰. Во вакви случаи, не постои основа да се бара повторување на постапката⁴¹. Треба да се напомене дека иако во ЗПП тоа изречно не

³⁸ Член 44 од ЕКЧП се однесува на конечните пресуди. Овој член гласи:

‘1. Пресудата на Големиот судски совет е конечна.

2. Пресудата на Судскиот совет станува конечна: а) кога странките изјавуваат дека нема да бараат случајот да биде доставен пред Големиот судски совет; или б) три месеци од датумот на донесувањето на пресудата, доколку не било побарано случајот да биде доставен пред Големиот судски совет; или в) доколку групата на Големиот судски совет го отфрли барањето доставено врз основа на член 43.

3. Конечната пресуда се објавува.’

³⁹ Член 39 од ЕКЧП.

⁴⁰ Види член 37 од ЕКЧП. Таков став заема и судската практика, Види, на пример, образложение на Решението на Основниот суд Скопје II Скопје XVII ТС-677-14 од 23.4.2015 година, а во врска со одлуката на ЕСЧП од 26.8.2014 година донесена во предметот *Паунов иројив Рејублика Македонија*, Жалба бр. 30884/06. Во овој предмет, по неупешните обиди да се постигне пријателска спогодба, Владата на Република Македонија го информирала Судот дека предлага унилатерална декларација, во која искажала признание дека во конкретниот случај не ги исполнила условите за правата на апликантот според чл. 6 ст. 1 од Конвенцијата и изразила подготвеност да му плати сума од 4.950 евра на г. Паунов како соодветен надомест и доволна компензација за повреда на правата од чл. 6 ст. 1 од ЕКЧП, а имено дека домашните постапки траеле неразумно долго. Предлогот е прифатен од страна на ЕСЧП со одлуката од 26.8.2014 година и случајот е симнат од листата на предмети.

⁴¹ Токму таков е исходот на иницираната постапка пред Основниот суд Битола, по завршувањето на постапката пред ЕСЧП во случајот *Фидановска иројив Рејублика Македонија (Fidanovska v. the FYRMacedonia App no 22231/07)*. ЕСЧП, постапувајќи по жалбата бр. 22231/07, на 6.12.2011 година донел одлука (откако странките доставиле до Судот изјави за пријателска спогодба, на 1.8.2011 и 23.9.2011 година) со која се констатира склучување пријателска спогодба, поради што не постои причина за натамошно водење на постапката и случајот се симнува од листата на предмети. Независно од тоа, жалителката поднела предлог за повторување на постапката пред Основниот суд Битола, но тој е одбиен како неоснован (Решение П. бр. 495/08 на Основниот суд Битола од 9.10.2012 година), што е потврдено со одлука на Апелациониот суд Битола (Гж. бр. 3753/12 од 13.12.2012 година). Второстепениот суд смета дека ‘правилно првостепениот суд утврдил дека пријателската спогодба не е конечна пресуда на ЕСЧП со која мериторно е одлучувано дали на предлагачот – тужителот Л. ѝ било или не повредено некое човеково право или слобода заштитено од ЕКЧП, туку таа е само одлука со која конечно е решен спорот меѓу страните со пријателска спогодба, без да се утврдува дали е повредено или не некое човеково право или слобода. Од таа причина, овој суд смета дека таа не е одлука која во смисла на член 400 од ЗПП може да биде причина за повторување на постапката правосилно завршена со пресуда на Основниот суд Битола П. бр. 495/98.’

е пропишано, логично произлегува дека во постапката пред домашните судови која е правосилно завршена било погрешно применето материјалното или процесното право што резултирало со повреда на човековите права и основни слободи, а тоа било повод да се побара заштита пред ЕСЧП⁴².

Секако, тука се наметнува и прашањето: дали во секој случај кога ЕСЧП утврдил повреда на некое човеково право или на основните слободи предвидени во ЕКЧП треба да се дозволи повторување на постапката во смисла на член 400 од ЗПП? Ова прашање се поставило и во домашната судска практика и било предмет на разгледување и уедначување на ниво на апелационите судови⁴³. Заземен е став дека ‘кога ЕСЧП ќе утврди повреда на некое право или на основните слободи предвидени во ЕКЧП и странката во рокот од член 400 од ЗПП поднесе барање за повторување на постапката, Судот е должен да постапува по таквото барање и во зависност од причините поради кои се бара повторување на постапката ќе одлучи дали ќе дозволи повторување. Одлуката на ЕСЧП со која е утврдена повреда на човековите права не значи дека секогаш треба да се дозволи повторување на постапката (како што е, на пример, кога повредата се состоела во судење во неразумен рок)’⁴⁴. Ваквиот став е сосема оправдан, бидејќи не може секоја повреда (на пример, повредата на правото на судење во разумен рок) да се отстрани со повторување на постапката⁴⁵. Исто така, доколку ЕСЧП одлучувал мериторно и досудил надомест на материјална и нематеријална штета, па е постигнато правично задоволување на оштетената странка и се отстранети соодветно штетните последици од одлуката на домашниот суд, нема основ за повторување на постапката⁴⁶.

Дополнителна претпоставка за дозволивост на повторувањето на постапката по оваа основа е ЕСЧП да утврдил повреда на човековите права и основни слободи во пресуда против Република Северна Македонија во постапка што ја иницирала една од странките во постапката пред домашните судови во која дошло до таква повреда⁴⁷. Тоа значи дека услов за да се бара повторување на постапката е да постои конечна пресуда на ЕСЧП во корист на странката која бара повторување на постапката. Странката единствено тогаш има можност да бара повторување на постапката пред домашен суд. Таа не може да се повикува на постоење на некаква пресуда на ЕСЧП донесена во ист или сличен правен однос против Република Северна Македонија, а таа самата не побарала правна заштита пред ЕСЧП и пресудата на ЕСЧП на неа директно не се однесува⁴⁸.

⁴² Така и Vladimir Boranijašević, ‘Povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka’ (2011) 32(1) Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 511.

⁴³ Апелационен суд Скопје, Билтен 1, Скопје, март 2011 година, 3.

⁴⁴ Ibid, 4.

⁴⁵ Во иста насока и Невена Петрушиќ и Драгољуб Симоновиќ, *Коментар Закона о парничном йоспуйку* (Службени гласник 2011) 796.

⁴⁶ Во тој правец, видете одлука – Решение на Апелациониот суд Скопје, Гж-2153/14 од 15.4.2014 година.

⁴⁷ Исто, Siniša Triva i Mihaljo Dika (fus 16) 753, за решението на хрватскиот ЗПП (член 428a).

⁴⁸ Токму вакво решение во 2009 година беше воведено со измените и дополнувањата на Законот за парнична постапка на Србија од 2004 година. Види Zakon o parničnom postupku (Službeni glasnik RS, br. 125/04 и 111/09). Така, според член 422 став 1 точка 10 од српскиот ЗПП, странката можеше да бара повторување на постапката ако, по правосилно завршена постапка пред домашен суд, ЕСЧП донел одлука во ист или сличен правен однос против Република Србија. Во теоријата, воведувањето на вака дефинираниот основ за повторување на постапката се објас-

Таков е ставот и на домашната судска практика⁴⁹. Од друга страна, иако во судската практика не се отворило такво прашање, со соодветната примена на одредбите на ЗПП и доминантниот став во процесната доктрина⁵⁰, се доаѓа со заклучок дека овластени за поднесување на овој правен лек се и универзалните сукцесори на странката, како и замешувачот кој стапил во парницата до правосилноста на одлуката за тужбеното барање⁵¹. Замешувачот со положба на единствен сопарничар е овластен да бара повторување на постапката по оваа основа и во парницата во која до настапување на правосилноста на одлуката за тужбеното барање не учествувал како замешувач⁵².

Доколку постои пресуда на ЕСЧП со која е констатирана повреда на некое конвенциско право или основна слобода, странката во чија корист е донесена пресудата може да бара повторување на постапката во преклузивен рок од 30 дена од конечното на пресудата на ЕСЧП.

Според ЗПП, повторувањето на постапката по оваа основа се иницира со поднесување барање за измена на одлуката со која тоа право, или основна слобода, е повредено. Забележливо е дека тука законодавецот го користи терминот „барање за измена на одлуката“, а не „предлог за повторување на

нуваше со потребата да се превенираат идните постапки пред ЕСЧП доколку Судот веќе донел пресуда за исто или слично правно прашање. На тој начин, нема потреба странката да се обраќа со ЕСЧП, туку правната заштита ќе ја остварува директно во постапка пред домашните судови. Види Gordana Stanković i Nevena Petrušić (fus 16) 65. Во српскиот важечки ЗПП од 2011 година (Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013-odluka US, 55/2014, 87/2018 и 18/2020), решението е изменето и многу поограничувачко: постапката која со одлука на судот е правосилно завршена може по предлог на странка да се повтори ако странката стекне можност да употреби одлука на ЕСЧП со која е утврдена повреда на човеково право, а тоа би можело да биде од влијание за донесување поповолна одлука (чл. 426 ст. 1 точ. 11). Во теоријата, цитираната одредба се толкува на таков начин што одлуката на ЕСЧП треба да биде во корист на странката што бара повторување на постапката. Види Александар Јакшиќ, *Граѓанско ѝроцесно ѝраво* (Правни факултет 2012) 652.

⁴⁹ Види, на пример, Решение на Апелациониот суд Скопје, Гж-558/21 од 29.9.2021 година, со кое се потврдува Решението на Основниот граѓански суд Скопје ПЛ1-П-555/16 од 30.11.2020 година за отфрлање на предлогот за повторување на постапката. Во образложението на Решението стои: ‘Од увид во пресудата на ЕСЧП во Стразбур, од 27.2. 2020 година, случај *Сѝрезовски и друѓи ѝроѝив Реѝублика Северна Македонија*, Судот утврдил дека првотужениот не бил апликант во апликациите бр. 14460/16 и 7 други, односно не бил подносител на жалба во која тврдел дека со одлуките во постапката за која се бара предметното повторување....’ и дека ‘Првостепениот суд правилно нашол дека тужениот како странка не се стекнал со пресуда во која е утврдено повреда на нејзиното право или основна слобода во предметната постапка (ПЛ1-П-555/16), па од таа причина тужениот не може да бара изменување на одлуката, бидејќи тужената, согласно со член 400 од ЗПП, може да бара повторување на постапката само за одлуката со која е повредено неговото човеково право или основни слободи....’, и дека ‘тужениот, всушност, се повикува на одлука на ЕСЧП донесена по барање на други жалители, кои, пак, не се странки во предметната постапка.’ Исто и Решение на Апелациониот суд Скопје, Гж-677/21 од 9.12.2021 година, со кое се потврдува Решението на Основниот граѓански суд Скопје ПЛ1-П-817/16 од 16.11.2020 година.

⁵⁰ Така, според Siniša Triva i Mihajlo Dika (fus 16) 742, процесна легитимација за барање за повторување на постапката во прв ред им припаѓа на лицата кои во правосилно завршената парница се третираны како парнични странки, понатаму на нивните универзални наследници и на сите трети лица на кои правосилната одлука се однесува еднакво како и на парничните странки, бидејќи за нив тоа е единствена можност да го отстранат дејствувањето на незаконските одлуки кои неповолно се одразуваат и на нивната правна сфера.

⁵¹ Член 196 став 2 од ЗПП.

⁵² Член 197 став 2 од ЗПП.

постапката“, како што вообичаено се иницира постапка по овој вонреден правен лек⁵³. Од друга страна, член 400 став 2 од ЗПП пропишува дека во оваа постапка соодветно се применуваат одредбите за повторување на постапката, што упатува на примена и на одредбите за предлогот за повторување на постапката. И судската практика покажува дека и во овој случај повторувањето на постапката се иницира со предлог, кој во себе содржи барање за измена на одлуката. Сепак, дали во конкретниот случај ќе дојде до изменување на одлуката зависи од видот на констатираната повреда и од околностите на случајот. Така, на пример, констатираната процесна повреда, дури и кога ќе биде отстранета во повторената постапка, не мора нужно да доведе и до измена на одлуката. Оттука, формулацијата „барање за измена на одлуката“ не треба да се толкува така што повторувањето на постапката секогаш и ќе резултира со изменување на одлуката со која претходно е правосилно завршена постапката.

Предлогот за повторување на постапката (барањето за измена на одлуката) се поднесува до судот кој судел во прв степен во постапката во која е донесена одлуката со која е повредено некое од човековите права или основните слободи (*judex a quo*)⁵⁴. Како што е веќе наведено, во постапката по овој предлог/барање соодветно се применуваат одредбите за повторување на постапката, така што самата постапка е структурирана во неколку фази.

Првата фаза, која започнува по поднесување на предлогот и во која се испитува дозволеноста на предлогот за повторување на постапката, има подготвителен карактер. Во оваа фаза, судот испитува дали се исполнети процесните претпоставки за да може да се дозволи повторување на постапката – дали предлогот за повторување на постапката е навремен, целосен и дозволен. Основаноста на предлогот за повторување на постапката не е предмет на испитување во првата фаза.

Со соодветна примена на одредбите за повторување на постапката, доаѓаме до заклучок дека во предлогот за повторување на постапката по оваа основа особено мора да се наведат: законскиот основ според кој се бара повторување (во овој случај, член 400 од ЗПП), околностите од кои произлегува дека предлогот е поднесен во законскиот рок (30 дена од конечност на пресудата на ЕСЧП) и доказите со кои се поткрепуваат наводите на предлагачот⁵⁵, а тоа е, пред сè, конечната пресуда на ЕСЧП. Пресудата на ЕСЧП треба да се приложи во превод на македонски јазик, со доказ дека таа е конечна⁵⁶.

По поднесување на предлог за повторување на постапка согласно со член 400 од ЗПП, надлежниот суд најпрво ќе пристапи кон испитување дали поднесениот предлог е навремен, целосен и дозволен⁵⁷. Доколку судијата поединец односно претседателот на советот оцени дека предлогот е ненавремен, нецелосен или недозволен, ќе го отфрли со решение без одржување расправа⁵⁸. Во

⁵³ Види членови 392–399 од ЗПП.

⁵⁴ Види член 400 став 1 од ЗПП. Исто и член 395 став 1 од ЗПП.

⁵⁵ Член 395 став 2 од ЗПП.

⁵⁶ Види, на пример, Решение на Основниот суд Скопје II Скопје XVII TC-677-14 од 23.4.2015 година.

⁵⁷ Член 396 од ЗПП.

⁵⁸ Во врска со ова, видете го, на пример, Репението на Врховниот суд на Република Македонија, Рев.2, бр. 133/2016 од 30.11.2017 година, со кое Врховниот суд, постапувајќи по ревизија, нашол дека ревизијата е основана затоа што пониските судови погрешно постапиле, односно тие не

спротивно, судијата поединец односно претседателот на советот, според правилата за личното доставување, ќе достави примерок од предлогот до спротивната странка, која има право во рок од 15 дена да одговори на предлогот. Спротивната странка може, но не е должна, да одговори на предлогот. Кога до судот ќе стигне одговорот на предлогот, или кога ќе истече рокот за давање одговор, судијата поединец односно претседателот на советот ќе определи рочиште за расправање за предлогот⁵⁹, што, всушност, води кон втората фаза од оваа постапка.

Во втората фаза судот испитува дали предлогот за повторување на постапката е основан. За основаноста на предлогот се одлучува врз основа на непосредно, усно и јавно расправање, на посебно рочиште, што се одржува пред судијата поединец односно претседателот на советот на првостепениот суд⁶⁰. По одржаното рочиште за расправање за предлогот, судијата поединец односно претседателот на советот на првостепениот суд донесува одлука за предлогот, освен ако причината за повторување на постапката се однесува исклучиво на постапката пред повисокиот суд. Во решението со кое се дозволува повторување на постапката ќе се изрече дека се укинува одлуката донесена во поранешната постапка. Решението има конститутивна природа (*iudicium rescindens*) и дејствува *ex tunc* – како да не била донесена правосилна одлука⁶¹. Неоснованиот предлог, пак, се одбива со решение од деклараторна природа. Против решението со кое се одлучува по предлогот за повторување на постапката е дозволена посебна жалба, освен ако судот одлучи расправањето за главната работа да започне веднаш по донесувањето на решението со кое се дозволува повторување на постапката. Имено, судијата поединец односно претседателот на советот ќе определи главна расправа да се одржи дури по правосилноста на решението со кое се дозволува повторување на постапката, но во истото решение може да одлучи и веднаш да започне расправањето за главната работа⁶².

Ако причината за повторување на постапката се однесува исклучиво на постапката пред повисокиот суд, судијата поединец односно претседателот на советот на првостепениот суд по одржаното рочиште за расправање по предлогот, без да донесе одлука, го доставува предметот на повисокиот суд, кој ќе одлучи за основаноста на предлогот. Повисокиот суд одлучува по предлогот за повторување на постапката, без расправа. Кога советот на второстепениот суд ќе најде дека е оправдан предлогот за повторување на постапката и дека не

можеле да го отфрлат предлогот за повторување на постапката како неуреден, туку биле должни да ја ценат основаноста на предлогот за повторување на постапката на предлагачот – тужителот и врз основа на приложените докази кон предлогот да испитаат дали во случајот од страна на ЕСЧП со доставената одлука од страна на предлагачот е повредено некое човеково право, што е основ за повторување на постапката согласно со член 400 од ЗПП или доставениот доказ – одлуката се однесува на предлогото траење на постапката по предметот П. бр.1198/00 (П. бр.940/96), за што РМ е задолжена на тужителот да му плати 1.960 евра, што не е основ за повторување на постапката.

⁵⁹ Член 396 став 2 од ЗПП.

⁶⁰ Член 397 од ЗПП.

⁶¹ Siniša Triva i Mihajlo Dika (fus 16) 740.

⁶² Види член 398 од ЗПП.

е потребно да се одржи нова главна расправа, ќе ја укине својата одлука и ќе донесе нова одлука за главната работа⁶³.

Инаку, фазата на повторното расправање за главната работа (*judicium rescisorium s. restitorium*) се одвива според правилата што важат за определена парнична постапка (редовна или посебна) и во зависност од тоа дали постапката се води пред првостепен или пред второстепен суд. На новата главна расправа странките можат да изнесуваат нови факти и да предлагаат нови докази⁶⁴. По повторното расправање за главната работа, се одлучува за тужбеното барање за кое веќе било правосилно одлучувано, но, како што е претходно кажано, со усвојување на предлогот за повторување на постапката, одлуката е укината. Она што е битно да се нагласи е дека во повторената постапка пред суд во Република Северна Македонија, судовите се должни да ги почитуваат правните ставови изразени во конечната пресуда на ЕСЧП со која е утврдена повреда на основните човекови права и слободи. Одлуката што ќе се донесе како резултат на повторното расправање за главната работа е првостепена одлука против која понатаму можат да се изјавуваат сите правни лекови во парничната постапка под услови определени со ЗПП.

⁶³ Види член 399 од ЗПП.

⁶⁴ Член 398 став 2 од ЗПП.

REOPENING OF CIVIL PROCEDURE FOLLOWING A JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

(Summary)

The subject of analysis of this paper is the possibility to reopen the civil procedure following the final judgment of the ECtHR, which found a violation of the rights guaranteed by the ECHR. It is one of the individual measures that the state can introduce in order to eliminate the consequences of the violation of the certain rights guaranteed by the ECHR in accordance with Recommendation no. R (2000) 2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, especially in cases where the injured party suffers serious negative consequences of the decision of the domestic court, which can not be remedied adequately with just satisfaction, so it is justified to allow reopening of the final completed procedure. Despite the fact that the introduction of this procedural possibility touches on the principle of *res iudicata* at the national level, a number of contracting states, including the Republic of North Macedonia, in their civil procedural legislation provide this basis for the reopening of litigation. The normative solutions in different countries are different, as well as the scope and effects of their application. The purpose of this paper is to present the normative framework of the institute of reopening of civil procedure on the occasion of the final judgment of the ECtHR introduced in the Macedonian legislation with the Law on Civil Procedure of 2005. An attempt was made to collect and analyze the not-so-rich case law related to this institute and to emphasize the key issues in its practical application.

Key words: European Court of Human Rights, final judgment, reopening of civil procedure

ЛИТЕРАТУРА:

1. Boranijašević V, 'Povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka' (2011) 32(1) Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 511.
2. de Caria R, 'The Fork in the Road after Strasburg: Effective Remedy or Moral Victory? A provocative Interpretation of the Duty to 'Abide by the Final Judgment' of the European Court of Human Rights, from the Italian Perspective' (2010) 1(2) Comparative Law Review 1.
3. Фрчкоски Љ. Д., *Меѓународно право за правата на човекои* (Магор 2001).
4. Јакшиќ А, *Граѓанско процесно право* (Правни факултет 2012).
5. Јаневски А и Зороска-Камиловска Т, *Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право, второ изменето и дојолнето издание* (Правен факултет „Јустинијан Први“ 2012).
6. Јанис М Кеј Р и Бредли А, *Евројско право за човековите права* (Матица 2002).
7. Kamhi S, *Građanski sudski postupak* (Veselin Masleša 1961).
8. Lambert - Abdelgawad E, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights* (Council of Europe Publ 2008).

9. O'Boyle M, 'On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights' (2008) 1 European Human Rights Law Review 3.
10. Петрушић Н и Симоновић Д, *Коментар Закона о парничном поступку* (Службени гласник 2011).
11. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku* (Službeni glasnik 2009).
12. Ress G, 'The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order' (2005) 40(3) Texas International Law Journal 359.
13. Stanković G i Petrušić N, *Novine u građanskom procesnom pravu* (Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo 2005).
14. Steering Committee for Human Rights (CDDH), Committee of Experts on The Reform of the Court (DH-GDR), Overview of the exchange of views held at the 8th meeting of DH-GDR on the provision in the domestic legal order for the re-examination or reopening of cases following judgments of the Court, Strasbourg, 12 February 2016.
15. Steering Committee for Human Rights (CDDH), Committee of Experts on the Reform of the Court (DH-GDR), Compilation of written contributions on the provision in the domestic legal order for re-examination or reopening of cases following judgments of the Court, Strasbourg, 21 May 2015.
16. Triva S i Dika M, *Građansko parnično procesno pravo* (Narodne Novine d.d. 2004).
17. Ulfstein G, The European Court of Human Rights as a Constitutional Court? (March 19, 2014). Festschrift to the 40th Year Anniversary of the Universität der Bundeswehr, Munich: 'To Live in World Society – To Govern in the World State', Forthcoming, PluriCourts Research Paper No. 14-08, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2419459> .

Prof. dr. Meliha Povlakić

Redovni profesor Univerziteta u Sarajevu – Pravni fakultet

**ZAŠTITA DUŽNIKA – DA LI JE TO JOŠ UVIJEK NAČELO
IZVRŠNOG POSTUPKA?
(KOMPARATIVNI PRIKAZ RJEŠENJA U ODREĐENIM
ZEMLJAMA NASLJEDNICAMA BIVŠE SFRJ)**

347.952:340.13(497-15)

342.737:347.952.2(497-15)

изворна научна статија

Doktrina procesnog prava u regiji (a i šire) smatra da je osnovni cilj izvršnog postupka efikasno namirenje povjerioca – tražioca izvršenja. Međutim, moderni izvršni postupak mora osigurati balans između interesa izvršenika i tražioca izvršenja. Zakon o izvršnom postupku bivše SFRJ je primarno štitiio interese izvršenika te je zadatak reforme izvršnog prava u zemljama nastalim disolucijom SFRJ bio da u skladu sa novim uvjetima tržišne privrede pruži efikasniju zaštitu povjeriocu.

U ovom radu su analizirane odredbe zakona koji reguliraju postupak izvršenja u BIH (entitetski zakoni i zakon Brčko distrikta), Crnoj Gori, Hrvatskoj, Makedoniji i Srbiji sa ciljem da se utvrdi da li je ovaj balans uspostavljen. Razmatrano je da li ovi zakoni zadržavaju načelo zaštite izvršenika kao jedno od osnovnih načela postupka, te kako se ta zaštita ostvaruje kod instituta izuzimanja i ograničenja od izvršenja, te posebno da li je jedina stambena nekretnina izvršenika (dom izvršenika) izuzeta od izvršenja.

„Prvi val“ novih zakona o izvršnom postupku je generalno bio restriktivniji u priznanju i primjeni načela zaštite izvršenika, što je docnije u nekim zakonodavstvima koja su ovdje bila predmetom istraživanja, ublaženo, te su interesi izvršenika u većoj mjeri uzeti u obzir. Načelo zaštite izvršenika nije još uvijek kao načelo predviđeno u Srbiji i Federaciji BiH.

Velike razlike u zakonodavstvima postoje oko uređenja izuzimanja i ograničenja izvršenja, a posebno kada su u pitanju nekretnine izvršenika. I dok su po pitanju izvršenja na pokretnim stvarima i novčanim primanjama skoro svi analizirani zakoni preuzeli gotovo potpuno rješenja Zakona bivše SFRJ (sem Federacije BiH i Republike Srpske) mnogi su izuzetno restriktivni kada su u pitanju nekretnine (Crna Gora, Srbija, BiH).

Najveći stupanj zaštite općenito pruža izvršno pravo Hrvatske, posebno nakon novele iz 2017. godine, koja je bitno ograničila izvršenje na stambenoj nekretnini, u čemu se može vidjeti utjecaj prakse Evropskog suda za ljudska prava. Česti postupci pred Ustavnim sudovima u vezi sa pravom na dom upućuju da bi i ostali zakonodavci trebali razmisliti o zaštiti prava na dom u izvršnom postupku.

Ključne riječi: zaštita izvršenika, načelo socijalnosti, izuzimanje i ograničenje izvršenja, pravo na dom u izvršnom postupku

1. Uvod

Reforma izvršnog prava bila je jedna od reformi kojima su zemlje nasljednice bivše SFRJ u postupku tranzicije prioritarno pristupile.¹ Efikasno osiguranje potraživanja, posebno onih zasnovanih na osnovu ugovora o kreditu, kao i općenito efikasnije namirenje povjerilaca, bilo je jedan od uvjeta za uspješno funkcioniranje tržišne privrede.

Iako Zakon o izvršnom postupku bivše SFRJ iz 1978. godine (dalje: ZIP 1978)² baštini tradiciju Zakona o obezbjeđenju i izvršenju Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine³, a ovaj se pak oslanja na austrijski Zakon o izvršenju i osiguranju iz 1896.,⁴ te uprkos tome što je ovaj utjecaj učinio da zakon o izvršenju jedne socijalističke zemlje slijedi klasičnu matricu i strukturu izvršnog postupka,^{5 6} ipak je niz odredbi ZIP-a 1978 bio nadahnut i socijalističkim duhom koji je u centar stavljao dužnika a ne povjerioca. Načelo zaštite dužnika (načelo socijalnosti) je bilo jedno od temeljnih načela ranijeg izvršnog postupka i dominiralo je njime⁷. Ovo je načelo u ZIP-u 1978 bilo izričito formulirano kao načelo u uvodnim zakonskim odredbama (član

¹ Efikasno osiguranje povjerilaca je među oblastima koje bivaju prioritarno reformirane u procesu tranzicije. Više o tome Ajani, *La circulation des modèles juridiques*, R.I.D.C., 4/1994, 1087, 1096; Vékás, *Privatrechtsreform in einem Transformationsland* in: J. Basedow et. al. (Hrsg.) (2001), *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Ausländisches und internationales Privatrecht*, München, 1049, 1049.

² Službeni list SFRJ, br. 20/1978, 6/1982, 74/1987, 20/1990, 27/1990, 35/1991.

³ Ovaj je Zakon donesen 1929 godine, 1937. je mijenjan a stupio je na snagu 1938. godine. Zakon je ocijenjen kao kvalitetan zakon koji je slijedio moderne evropske standarde tog vremena. Tako Šarkić/Počuča, *Načelo zaštite izvršnog dužnika prema novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije*, *Pravni život*, 5-6/2017, 37, 39. Zakon je, kao i općenito propisi iz građanskog postupka, bio pod jakim utjecajem austrijskog prava (*Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren*, RGBl. Nr. 79/1896. Zakon je mijenjan višekratno, a najnovija reforma je bila 2021. godine. Aktuelno važeća verzija na dan 15.08.2022. je dostupna na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001700>.

⁴ O utjecaju austrijskog procesnog prava na procesno pravu u Jugoslaviji / BiH vidjeti Povlakić, M., *Bosnien und Herzegowina, Die Entwicklung des Zivilprozessrechtes in B&H (1918 – 2008)* in: Rechberger, W. (2011) *Die Entwicklung des Zivilprozessrechtes in Mittel- und Südosteuropa vom 1918 bis 2008*, Wien, Jan Sramek Verlag, 203, 207.

⁵ Ibid 208. Kako slikovito konstatiraju Šarkić/Nikolić ovaj zakon „bio je dobro postavljen“. Vidjeti Šarkić/ Nikolić, *Prikaz novog Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije i buduće reforme*, *Pravna riječ*, 11/2007, 157, 158.

⁶ Zanimljivo je da su zakoni o izvršnom postupku doneseni nakon disolucije bivše SFRJ u zemljama nasljednicama u velikoj mjeri bili sličnog sadržaja i strukture kao i ZIP iz 1978. Tako npr. za Zakon o izvršenju Republike Srbije 2004. godine Šarkić/Nikolić (n5) 159. Iz tog razloga su zadržali i međusobnu sličnost. Možda je najkrupnija razlika danas što neki među njima još uvijek izvršenje smatraju isključivom nadležnošću suda, dok je u nekim zemljama izvršenje u potpunosti ili dijelom povjereno notarima/javnim bilježnicima ili izvršiteljima kao posebnoj slobodnoj profesiji. U strukturi najveće razlike postoje po pitanju da li je izvršenje na nekretninama stavljeno na prvo mjesto, a slijede pokretne stvari i potraživanja kao predmeti izvršenja ili su prvo uređeni izvršenje na pokretninama i potraživanjima a zatim na nekretninama. Osim toga neki zakoni sadrže i pravila o postupku osiguranja/obezbeđenja, a neki ne (npr. zakoni entiteta Bosne i Hercegovine).

⁷ Tako: Triva/Belajec/Dika (1980), *Sudsko izvršno pravo*, Opći dio, Informator, Zagreb, 39. Pri tome se ovi autori na citiranom mjestu zalazu da se ovo načelo naziva načelom zaštite dužnika, što je mnogo adekvatnije, jer ne upućuje samo na zaštitu fizičkih osoba u stanju socijalne potrebe. O ovom načelu vidjeti i kod Janevski/Zoroska Kamilovska (2011), *Граѓанско процесно право*, книга трета, *Извршно право*, Skopje, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, 20 -21; Stanković (1998) *Граѓанско процесно право*, Niš, Pravni fakultet, 597; Poznić/Rakić-Vodinelić, *Граѓанско процесно право* (1999) Petnaesto

5. i 6.), ali je svoju razradu nalazilo u čitavom nizu odredaba koje su regulirale pojedine vrste izvršenja odnosno izvršenja na različitim predmetima (nekretninama, pokretninama, potraživanjima i sl.). Zavisno od predmeta izvršenja zakon je predviđao odredbe o izuzimanju od izvršenja, ograničenju izvršenja, obimu izvršenja, mogućnosti promjene predmeta izvršenja na prijedog dužnika, odredbe o najnižoj cijeni za unovčenje nekih predmeta i sl.⁸ Navedena zakonska rješenja izrazito su jače štitila dužnika u odnosu na povjerioca. Osim toga je i primjena zakonskih odredaba u praksi pogodovala dužniku. U doktrini je bio izražen stav da se radilo o jednom *lex debitoris*, a da je u novim zakonima o izvršnom postupku, donesenim u zemljama nasljednicama bivše SFRJ, bila izmijenjena paradigma izvršnog postupka i da su se mogli okarakterizirati kao *lex creditoris*.⁹

Kao reakcija na pretjeranu zaštitu izvršenika u ranijem pravu, u doktrini je bilo zastupano stajalište da je jedan od osnovnih ciljeva reforme izvršnog prava i interveniranje u ovo načelo.¹⁰ Već letimičnim pregledom pozitivnog zakonodavstva u oblasti izvršnog prava u BiH, Crnoj Gori, Hrvatskoj, Sjevernoj Makedoniji i Srbiji, kao i zakona koji su ranije bili na snazi u ovim zemljama, a doneseni su nakon disolucije bivše SFRJ, pokazao je velike razlike u pogledu priznanja ovog načela i njegovog obima. Navedeno je bilo jedan od razloga da se ovo istraživanje posveti načelu zaštite izvršenika u njegovom komparativnom i historijskom aspektu u regiji. Pri tome, s obzirom na povod ovog rada, nije bila irelevantna činjenica da je u Makedoniji, već u prvom Zakonu o izvršenju iz 2005. godine ovo načelo bilo izričito priznato gotovo u istom obimu kao u ZIP-u 1978, dok je u nekim od navedenih zemalja prvobitno bilo izostavljeno¹¹ da bi se u naknadnim zakonskim izmjenama i dopunama odnosno novodonijetim zakonima ponovo u većoj ili manjoj mjeri revitaliziralo (o tome više na odgovarajućim mjestima u radu); u nekima ni do danas nije ponovo proklamovano¹². Osim toga u nekim zakonodavstvima su značajno bili izmijenjeni i instituti u kojima je to načelo dolazilo do izražaja (npr. odredbe o izuzimanju i ograničenju izvršenja, promjena predmeta izvršenja itd.).

Nesumnjivo je cilj izvršnog postupka brzo, potpuno i jeftino namirenje

izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena Admistracija, Beograd, 339 – 340 [807]; Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, Načela izvršnog postupka Pravni život, 13/2007, 581, 597.

⁸ O institutima u kojima je razrađeno ovo načelo umjesto mnogih vidjeti kod Janevski/Zoroska Kamilovska (n7), 20 -21; Poznić/Rakić Vodinelić, (n7) 339 – 340 [807]; Nikolić/Šarkić, Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju (sudska prakse, teorija), Beograd, Službeni glasnik, 779-780.

⁹ Šarkić/Nikolić (n5) 158.

¹⁰ Dika (1996) Novo ovršno pravo – neki temeljni instituti in: Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova Zagreb, 1; Rijavec, Neue Aspekte des Gläubigerschutzes nach dem slovenischen Vollstreckungs- und Sicherungsgesetz, WiRO, Heft 11/1999, 411, 411.

¹¹ Takav je slučaj bio sa Zakonom o izvršnom postupku Savezne Republike Jugoslavije (Službeni list SRJ 28/2000., 73/2000., 71/2001. – dalje: ZIP SRJ 2000), prvim Zakonom o izvršnom postupku Crne Gore (Službeni list Republike Crne Gore, br. 23/2004. – dalje: ZIP CG 2004) te entitetskim zakonima o izvršnom postupku u BiH (Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, br. 32/2003., 52/2003., 33/2006., 39/2006., 39/2009., 35/2012., 46/2016. i Odluka Ustavnog suda, Službeni glasnik BiH, br. 16/2020. – dalje: ZIP FBiH); Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 59/2003., 85/2003., 64/2005., 118/2007., 29/2010., 57/2012., 67/2013., 98/2014., 5/2017. - odluka US, 58/2018. - rješenje US BiH i 66/2018. – dalje: ZIP RS). Više o radikalnom ograničenju načela zaštite dužnika u zakonu SRJ i pokušaju da se interesi izvršenika i tražioca izvršenja dovedu u ravnotežu u Zakonu o izvršenju Republike Srbije iz 2004. godine (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 125/04 – dalje: ZIP RS 2004) vidjeti kod Šarkić/Nikolić (n5) 158.

¹² Takav je slučaj sa Zakonom o izvršnom postupku Federacije BiH.

tražioca izvršenja, ali se ne smiju zanemariti društveno značajnije vrijednosti kao što je život, zdravlje, sloboda, dostojanstvo, osnove ekonomske i socijalne egzistencije dužnika.¹³ Moderni izvršni postupak nužno mora slijediti dva pravopolitička cilja – zaštitu tražioca izvršenja ali i zaštitu izvršenika.¹⁴ Praksa Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) je izgradila određene standarde ustavnopravne zaštite stranaka u izvršnom postupku, te značajno utjecala na nacionalne sisteme izvršenja – u nekim zemljama to je vodilo zakonodavnim izmjenama¹⁵, a u nekima je intenzivno utjecala na sudsku praksu, čak i kada nije bilo nikakvih intervencija u zakonskom tekstu.¹⁶ Primjena člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u fokus stavlja efikasno namirenje povrioca (prije svega kroz standard suđenja u razumnom roku), ali i izvršenik uživa ustavno-pravne garancije (zaštita dostojanstva, prava na privatnost i dom, srazmjernost kao osnovno načelo postupka).¹⁷ Zaštita dužnika u izvršnom postupku mora biti osigurana ali da se time postupak ne učini neefikasnim, i ne otvore mogućnosti za zloupotrebu instituta izvršnog postupka.¹⁸

Ovaj rad će imati zadatak da ispita da li je postignuta navedena ravnoteža između zaštite tražioca izvršenja i izvršenika. Navedeno se pitanje zaoštrilo u vrijeme globalne finansijske krize na kraju prve decenije XXI stoljeća. Mnoge su države javnopravni i privatno-pravnim metodama štatile izvršenika, posebno kada je predmet izvršenja bila stambena nekretnina¹⁹, što je dalo dodatni impuls za ovo

¹³ Tako Triva/Belajec/Dika (n7) 39.

¹⁴ Tako Hess (1998) Ekspertiza o nacrtu ovršnog zakona Federacije BiH od 16.07.1997, objavljeno u Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o ovršnom postupku Federacije BiH, izdanje Ministarstva pravde, Sarajevo, 119.

¹⁵ Izmjene i dopune Ovršnog zakona Republike Hrvatske iz 2017. su izvršene pod utjecajem prakse ESLJP. Tako Mihelčić, Proporcionalnost kao korektiv u službi zaštite nekretnina ovršenika, XIV Majsko savetovanje, Savremeni pravni promet i usluge, Mičović (ur.) (2018) Univerzitet u Kragujevcu Pravni fakultet, 950, 956.

¹⁶ Ustavni sud BiH npr. dosljedno slijedi ovu praksu prilikom odlučivanja o apelacijama vezanim za zaštitu prava na imovinu i dom u izvršnom postupku i na taj način nadomješta izostalu zakonodavnu reakciju.

¹⁷ Vidjeti Hess, Different enforcements structures in: C.H van Rhee and A. Uzelac (eds) (2010) Enforcement and Enforceability – Tradition and Reform, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 41, 43 – 44.

¹⁸ U pripremama za donošenje novih entitetskih zakona o izvršnom postupku identificiran je čitav niz instituta koji su bili zloupotrebjeni u cilju odugovlačenja izvršnog postupka – lično dostavljanje, višekratno ulaganje neobrazloženih, istih prigovora protiv vjerodostojne isprave, prigovor trećeg, suspenzivni pravni lijekovi, odgoda na zahtjev izvršenika, promjena predmeta izvršenja itd. Vidi Povlakić, Die praktischen Probleme des Vollstreckungsrechts - dargestellt am Beispiel von Bosnien und Herzegowina in: Compilation of works of the Conference „The Rule of Law and Civic Society – Requirements for a modern Judiciary“, Dubrovnik 4.12. – 8.12.2002, published by German Ministry of Justice and IRZ Foundation, 77, 82. Dvadeset godina kasnije, pronađeni su mehanizmi za nove zloupotrebe pravila izvršnog postupka u cilju osujećivanja provođenja izvršenja. Više o tome vidjeti Povlakić/Muftić/Herenda, Mogućnost zloupotrebe procesnih prava prilikom prodaje nekretnine na trećem ročištu i za cijenu manju od procijenjene vrijednosti – BiH i komparativno, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LXIV/2021, 183 - 225; Povlakić/Muftić/Herenda, Mogućnost zloupotrebe prava u postupku javnog nadmetanja za prodaju nekretnina u izvršnom postupku u pravu, BiH Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 77, 2021., br. 3-4, 301 - 346.

¹⁹ Vidjeti https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdsc8bljza_j9vvik7m1c3gyxp/vk8jgl7tgv9 (pristupljeno: 15.07.2022.)

^U pripremama za donošenje Direktive 2014/17/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 4. februara 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010 (SL L 60, 28. 2. 2014.) razmišljalo se i o zaštiti

istraživanje, jer se može postaviti pitanje da li je temeljni cilj izvršnog postupka još uvijek prinudno ostvarivanje potraživanja tražioaca izvršenja kako to smatra doktrina.^{20 21}

Osim očiglednog pravnog, ekonomskog i socijalnog značaja ovog pitanja, još je jedan razlog da je za predmet ovog rada izabrano pitanje iz oblasti izvršnog prava. Jubilar, dragi kolega i prijatelj, prof. dr. Arsen Janevski je u svom obimnom opusu značajno mjesto posvetio izvršnom pravu²². Osim toga, imala sam zadovoljstvo da zajedno sa prof. dr. Janevskim budem članica akademskog odbora konferencije koja je organizirana u okviru regionalnog projekta GIZ-a pod nazivom “Public Notaries’ and Enforcement Agents’ Education Models in South Eastern Europe” iz 2015. godine²³. Naša su se interesovanja ispreplitala i u domenu notarskog prava²⁴, dijelili smo zajednički interes i za bezposjedovna sredstva osiguranja, prije svega registriranu zalogu što nam je nizom godina omogućilo lijepe i korisne susrete (naravno i sa drugim kolegama iz regije) u Skopju, Ohridu, Cavtatu, Beogradu, Tirani itd. Teško je bilo odabrati neku od navedenih oblasti kao temu ovog rada, ali poznavajući i njegovo djelo i njegovu ličnost, i rješenja makedonskog izvršnog prava na koja je utjecao, upravo mi se tema o balansu između efikasnosti izvršnog postupka i zaštite opravdanih interesa tražioaca izvršenja, s jedne strane, i potrebe da postupak bude što manje tegoban za izvršenika, s druge strane, činila pravim izborom.

Drugi dio ovog rada se bavi pitanjem segmentom načela zaštite izvršenika kojim se štiti njegovo dostojanstvo a izvršenje ima provestii kako je najmanje nepovoljno za izvršenika odnosno pitanjem da li je ovo načelo uopće uvršteno u temeljna načela izvršnog postupka, dok će u trećem dijelu biti razmatrana razrada ovog načela kroz zaštitu egzistencijalnog minimuma djelatnosti izvršenika.

koja treba biti ostvarena u izvršnom postupku. U jednom pratećem tekstu stoji: »Ovaj se izvještaj odnosi na postupke prije otvaranje izvršnog postupka. Ipak, ako dode do pokretanja izvršnog postupka, što ne može potpuno biti izbjegnuto, zajednički interes i humanost treba uvijek da prevladaju na svim nivoima (davaoci kredita javna vlast, sudovi itd.) i to kroz cijeli postupak. Naročito, bi cjelokupna ekonomska i socijalna situacija dužnika koji kasni sa plaćanjem trebala biti uzeta u obzir, i implikacije oduzimanja posjeda bi trebale biti pažljivo ocijenjene, pogotovo ako je u pitanju primarna nekretnina u kojoj on stanuje.” Vidjeti: Commission staff working paper, National measures and practices to avoid foreclosure procedures for residential mortgage loans - Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Credit Agreements Relating to Residential Property, SEC(2011)357.

²⁰okument dostupan na https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdsc8bljza_j9vvik7m1c3gyxp/vk8jg1e7tgv9 (posljednji pregled 15.07.2022. Ovakav stav teško da bi se mogao naći i u komentarijima socijalističkog Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine.

²⁰ O namirenju kao primarnom cilju izvršnog postupka vidjeti mjesto mnogih Dika (2007) Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Narodne novine, Zagreb, 8.

²¹ Za Hrvatsko pravo i pojačan stepen zaštite izvršenika novelama Ovršnog zakona iz 2017. godine (Narodne novine 73/2017) doktrina konstatira da se mijenja kako koncept tako i pravozaštitni cilj koji se konvencionalno pripisivao izvršnom postupku. Vidjeti Aras Kramar, Zaštita ovršenika u svjetlu novina u ovrši na nekretnini, Pravni vjesnik god. 33 br. 3-4, 2017., 9, 12.

²² Vidjeti Janevski/Zoroska Kamilovska (n7) kao i Janevski/Zoroska Kamilovska/Rakočevik (2021), Новините во Законот за извршување од 2016 година со измените и дополнувањата од 2018 и 2019 година, Скопје, Pravni fakultet „Justiñijan Prvi“, 2021.

²³ Projekt je bio podržan od strane Deutsche Zusammenarbeit (Njemačka-Srbija), Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ), South Eastern Law Schools Network (SEELS) i Evropske unije.

²⁴ Janevski/Povlakić, The notary service in charge of unburdening the court, Comparative Report in: Civil Law Forum for South East Europe (2014), Collection of studies and analyses, Third Regional Conference, Tirana.

Četvrti dio rada će biti posvećen određenim emanacijama ovog načela: izuzeće i ograničenje od izvršenja (4.1.) sa posebnim osvrtom na stambene nekretnine (4.2.). Vrlo bi zanimljivo bilo istražiti i institut obima odnosno srazamjernosti izvršenja, promjene predmeta izvršenja (posebno kada je u pitanju stambena nekretnina), ali to bi premašilo dozvoljeni obim ovog rada. Navedena pitanja biće istražena kroz kratki komparativni prikaz ovog pitanja u izabranim pravnim poretcima (BiH, Crna Gora, Hrvatska, Sjeverna Makedonija, Srbija). Pri tome će se navedena zakonodavstva pratiti primjenom historijske metode budući da su ona evoluirala u svom stavu prema ovom temeljnom načelu.²⁵

2. **Zaštita dostojanstva izvršenika i provođenje izvršenja na najmanje nepovoljan način**

Načelo zaštite dužnika je bilo propisano članovima 5. i 6. ZIP-a 1978, pri čemu bi se na prvi pogled moglo reći da je član 5. štitio izvršenika koji je fizička osoba a član 6. izvršenika koji je pravna osoba (zaštita djelatnosti pravne osobe).²⁶ Odredba člana 5. ZIP-a 1978 je štitila izvršenika u dva pravca. Izvršenje za naplatu novčanog potraživanja se nije moglo sprovesti na stvarima i pravima koji su neophodni za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba izvršenika i osoba koje je on dužan da izdržava po zakonu ili za obavljanje samostalne djelatnosti koja je glavni izvor sredstava za život izvršenika. Drugi pravac se ticao svih vrsta izvršenja: pri provođenju izvršenja i obezbjeđenja sud je morao paziti na dostojanstvo dužnika i provoditi izvršne radnje i radnje obezbjeđenja na način koji je za njega najmanje nepovoljan (član 5. stav 2. ZIP-a 1978.). Odredba je imala smisla i kad se u izvršnom postupku ostvaruju novčana ali i nenovčana potraživanja, ali iz njenog izraza se moglo zaključiti i da nije nužno ograničena na fizičke osobe. Ovakva bi se odredba mogla smatrati temeljnim pravilom koje važi za sve izvršenike i sve vrste izvršenja. Utoliko bi sistematičnije bilo da je ona bila na prvom mjestu²⁷, da je potom regulirana zaštita izvršenika fizičkih pa onda pravnih osoba (tako je u važećem pravu Hrvatske i Brčko distrikta BiH).

Višekratno su u Republici Hrvatskoj mijenjane odredbe o zaštiti dužnika i značajno proširivane, ali je već od Ovršnog zakona iz 1996. (dalje: OZ HR 1996)²⁸ zaštita izvršenika bila najpotpunija u Hrvatskoj. U osnovi su zadržana sva tri segmenta ovog načela kao u ZIP-u 1978, ali je učinjeno sistemsko poboljšanje.

²⁵ Na žalost samo kada je u pitanju Republika Makedonija / Sjeverna Makedonija će zbog ograničene dostupnosti izvora biti analiziran važeći Zakon o izvršenju (Zakon za izvršavanje) ali samo kao prečišćen tekst, bez da se slijedi evolucija njegovih rješenja (Službeni vesnik na Republika Makedonije, br. 72/2016., 142/2016., 233/2018., 14/2020.) i Odluke Ustavnog suda br. 143/2016 od 29.11.2017 (Službeni vesnik br. 178/2017.), Odluka Ustavnog suda br. 135/2016 od 24.01.2018. (Službeni vesnik, br. 26/2018.) i Odluka Ustavong suda br. 94/2019 od 29.05.2020. – dalje: ZIP M 2016) kao i Zakon o izvršenju iz 2005. godine (Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 35/2005., 50/2006., 129/2006., 8/2008.) ali bez docnijih izmjena (Služben vesnik na Republika Makedonija, 83/2009., 50/2010., 83/2010., 88/2010., 171/2010., 148/2011. i 187/2013.).Ovaj će Zakon dalje biti označavan kao ZIP M 2005.

²⁶ Dio odredbe člana 5. stav 2. o obavezi provođenje izvršenja na način najmanje nepovoljan za dužnika se mogao odnositi i na pravne osobe.

²⁷ Radi se o „krovnoj” odredbi. Tako Mihelčić (n15) 955.

²⁸ Narodne novine Republike Hrvatske, br. 57/1996.

OZ RH 1996 je kao temeljno načelo u osnovnim odredbama zadržao odredbu o zaštiti dužnika ali samo u onom njenom dijelu koji se odnosi na zaštitu dostojanstva dužnika i dužnost provođenja izvršenja i osiguranja na način koji je najmanje nepovoljan za dužnika. Odredbe o zaštiti izvršenika fizičke osobe kao i djelatnosti pravne osobe su uvrštene u opće odredbe o namirenju novčanih potraživanja (v. infra 3). Mnogobrojne izmjene ovog zakona²⁹ kao ni dva nova ovršna zakona koja su i sama pretrpjela niz promjena načelnu odredbu o zaštiti dostojanstva izvršenika nisu izostavili; naprotiv, ovo je načelo razrađeno odnosno konkretizirano.³⁰ Tako je drugi po redu Ovršni zakon Republike Hrvatske iz 2010. godine (dalje: OZ RH 2010)³¹ predvidio da javni izvršitelj može provesti izvršenje u izvršenikovom domu samo uz odobrenje nadležnog suda. Pri tome je ograničen da izvršenje provodi radnim danom, a neradnim danom i noću ako za to postoji opravdani razlog i ako to odobri sud (član 4.).³² Ovršni zakon iz 2012. godine (dalje: OZ RH 2012)³³ je izostavio odredbu da je za provođenje izvršnih radnji u izvršenikovom domu potrebna saglasnost suda, ali su odredbe o vremenu izvršenja ostale neizmijenjene (član 46.). Propisano je i da je sudski izvršitelj dužan prilikom pretrage izvršenikovog stana ili odjeće koju on nosi na sebi i poduzimanja drugih izvršnih radnji postupati s dužnim obzirima prema osobi izvršenika i članova njegova domaćinstva (član 47.). Ovome treba dodati odredbe o tome ko mora prisustvovati pretresu stana, kako se otvaraju zaključane prostorije i sl. Ovo je načelo kao jedna od osnovnih odredaba zakona zadržana u svim docnijim izmjenama OZ RH 2012.

Prvi Zakon o izvršnom postupku Republike Makedonije iz 2005. godine (dalje: ZIP M 2005) je preuzeo u cijelosti odredbu člana 5. ZIP-a 1978 i uvrstio je među načela postupka. Na žalost, kako je navedeno, zbog nemogućnosti direktnog uvida u pojedine zakonske tekstove kojima je dopunjavani i mijenjan ovaj Zakon³⁴ nije moguće dati iskaz da li je u velikom broju izmjena koje je on pretrpio načelo o zaštiti dužnika dopunjavano ili mijenjano. To je malo vjerovatno jer se odredba gotovo istog sadržaja nalazi i u važećem Zakonu o izvršenju Republike Makedonije, s tim da je zaštita dostojanstva ličnosti proširena i na članove porodice izvršenika (član 5. stav 2.). U ovom je zakonu zaštita dužnika dopunjena odredbama o vremenu za sprovođenja izvršenja (6 do 21 sat), ali sa dozvolom suda se može provesti i van ovih termina; za razliku od drugih zakona u regiji, ovaj Zakon ne propisuje uvjete pod kojima sud može odobriti provođenje izvršnih radnji i van navedenog vremenskog okvira. Međutim, samo Zakon u Makedoniji zahtjeva da za svaku radnju izvršenja u stanu izvršenika posebno odobrenje mora dati predsjednik suda i da to odobrenje važi 30 dana (član 84. stav 1. i 2.). Ovome treba dodati odredbe o tome ko mora prisustvovati pretresu stana, kako se otvaraju zaključane prostorije i sl.

²⁹ Narodne novine Republike Hrvatske, br. 29/1999., 173/2003., 194/2003., 151/2004., 88/2005., 67/2008.

³⁰ Detaljan pregled svih izmjena i dopuna u odnosu na odredbe koje znače zaštitu izvršenika prilikom izvršenja na nekretninama (posebno ako se radi o jedinjoj, stambenoj nekretnini izvršenika) vidjeti kod Aras Kramar (n21) 12 – 21.

³¹ Narodne novine Republike Hrvatske, br. 139/2010., 125/2011., 150/2011., 154/2011., 12/2012., 70/2012.

³² Ovaj zakon se u velikom dijelu svojih odredba uopće nije primjenjivao. Vidjeti kod Aras Kramar (n21) str. 16.

³³ Narodne novine Republike Hrvatske, br. 112/2012., 93/2014., 73/2017., 131/2020.

³⁴ Vidjeti bilješku br. 25.

Prvi Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH (dalje: ZIP BD BiH 2000)³⁵ prvobitno je preuzeo samo drugi stav člana 5. ZIP-a 1978 koji propisuje obavezu zaštite dostojanstva dužnika i izvršenja koje je najmanje nepovoljno za izvršenika (član 9.). Novi Zakon o izvršenju Brčko Distrikta iz 2013. godine (dalje: ZIP BD BiH 2013)³⁶ zadržava navedenu odredbu, ali i dodatno proširuje zaštitu izvršenika. Prije svega ograničava poduzimanje izvršnih radnju u stanu izvršenika. Sudski izvršilac, odnosno izvršilac po ugovoru, može sprovesti izvršenje u izvršenikovom stanu samo uz izričito odobrenje suda (član 10.). Međutim, nije ograničeno vrijeme u kojem se mogu poduzimati radnje izvršenja u izvršenikovom stanu.

U pogledu zadržavanja načela socijalnosti suprotno se može konstatirati za prve zakone o izvršenju u Crnoj Gori, Srbiji kao i za zakone o izvršnom postupku oba entiteta Bosne i Hercegovine (Federacija BiH i Republika Srpska).

Zakon o izvršnom postupku SRJ iz 2000. godine (dalje: ZIP SRJ) ovo načelo nije poznavao³⁷. Načelo zaštite dužnika nije bilo izričito proklamirano ni u Zakonu o izvršnom postupku Republike Srbije iz 2004. godine (dalje: ZIP SRB 2004)³⁸ niti u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine (dalje: ZliO SRB 2011).³⁹ U ovom potonjem su u odredbama kojima se regulira provođenje izvršenja predviđene određene mjere kojima se štiti dostojanstvo dužnika ali i osigurava da izvršenje bude provedeno *civilitet*. To se ogleda u propisivanju vremena u kojem se može provesti izvršenje (od 7 do 22 sata), a van tog vremena samo ako postoji izbjegavanje obaveze ili opasnost uslijed odlaganja (član 71.). Takođe je određeno da je izvršitelj (sudski ili javni) dužan da prilikom pretraživanja stana, odnosno poslovne ili druge prostorije izvršenika ili odjeće koju on nosi na sebi i preduzimanja drugih izvršnih radnji postupi sa dužnim obzirom prema ličnosti izvršenika i članova njegovog domaćinstva (isto pravilo nije bilo propisano za sud?!). Ipak je ovim predviđen manji obim zaštite dostojanstva izvršenika, jer se fokusira samo za određene situacije, nego je to slučaj ako takva odredba ima načelni karakter. Zaštita stranaka u postupku pomenuta je kao obaveza izvršitelja prilikom poduzimanja izvršnih radnji koje se moraju provesti u skladu sa zakonom, sudskim odlukama i uslovima određenim u izvršnoj ispravi kojima se ograničava izvršenje na određenim sredstvima i predmetima (član 327.). Zaštita dužnika kao temeljno načelo nije u Republici Srbiji uvedeno ni Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine (dalje: ZliO RS 2015).⁴⁰ Zadržana su ista rješenja u pogledu vremena izvršenja i zaštite dostojanstva

³⁵ Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 8/2000., 1/2001., 5/2002., 8/2003., 19/2007., 2/2008.).

³⁶ Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 39/2013. i 47/2017.

³⁷ U pokušaju da smanji dominantan položaj dužnika ovaj je Zakon uskratio neka zakonska i uobičajena prava izvršenika. Vidjeti Šarkić/Nikolić (n5) 159.

³⁸ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 125/2004. kojim je stavljen van snage Zakon o izvršnom postupku Savezne Republike Jugoslavije (Službeni list SRJ, br. 28/2000., 73/2000. i 71/2001.).

³⁹ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 31/2011., 99/2911. - dr. zakon, 109/2013. - US, 55/2014. i 139/2014.

⁴⁰ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 106/2015., 106/2016. - autentično tumačenje, 113/2017. - autentično tumačenje i 54/2019. Ipak doktrina procesnog prava u Srbiji načelo zaštite dužnika uvrštava u opća načela izvršnog postupka. Čak se posebno ne problematizira što ovo načelo nije izričito predviđeno. Nikolić/Šarkić smatraju da se ovo načelo može izvesti iz načela ustavnosti (Nikolić/Šarkić (n8) 757). O postojanju ovog načela se ne sumnja jer postoje mnogobrojne ustanove kojim se štiti izvršenik. Vidjeti kod Stanković/Boranijašević (2017) Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja, Prvo izdanje, Kosovska Mitrovica, Pravni fakultet, 28 – 29.

prilikom prilikom pretraživanja stana, poslovne prostorije ili odjeće izvršenika (član 141. i 142.). Ovaj je Zakon uveo jedno novo načelo, a to je načelo srazmjernosti (član 56.). Svi ovdje analizirani zakoni sadrže odredbu prema kojoj se izvršenje provodi u obimu potrebnom za namirenje tražilaca izvršenja, što ne mora nužno značiti da iznos obaveze i vrijednosti predmeta izvršenja mora biti srazmjernan (npr. ako se predmet izvršenja proda za veću cijenu nego je potraživanje, iz prodajne cijene će se samo dio iznosa odvojiti za namirenje tražilaca izvršenja, a ostatak se vraća dužniku; tražilac izvršenja neće dobiti više nego mu se duguje, ali to ne znači da vrijedniji predmet ne može biti prodat za namirenje manjeg duga). Srazmjernost je u regiji samo ovaj Zakon izdigao na razinu načela,⁴¹ iako i u drugim zakonima srazmjernost igra značajnu ulogu kod različitih instituta izvršnog postupka (npr. kod promjene predmeta izvršenja ili kod zabrane da se namirenje vrši na nekretnini ako dug ne dosegne određeni iznos itd.). Bilo bi poželjno da pravilo o srazmjernosti uvedu kao načelo svi zakoni u regiji budući da na srazmjernosti/proporcionalosti interese tražioca izvršenja i izvršenika insistira i ESLJP.⁴²

Prvi Zakon o izvršnom postupku Crne Gore iz 2004. godine (dalje: ZIP CG 2004) nije zaštitu izvršenika podigao na razinu načela. Ovaj zakon nije mijenjen sve do njegovog stavljanja van snage donošenjem Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore iz 2011. godine (dalje: ZliO CG)⁴³. Ovaj će zakon u svojim općim odredbama ponovo uspostaviti ovo načelo u segmentu zaštite dostojanstva ličnosti stranke, učesnika u postupku i njihovih porodica predvdjevši obavezu suda i javnog izvršitelja da prilikom preduzimanja svih izvršnih radnji a posebno prilikom pretraživanja stana ili odjeće koju nosi izvršenik vode računa o dostojanstvu ličnosti stranaka, svih učesnika u postupku i njihovih porodica (član 9.). Zaštita je proširena i na tražioca izvršenja i sve učesnike u postupku i njihove porodice; pri tome je nesporno da je ona najneophodnija izvršeniku i njegovoj porodici. U odredbama u kojima regulira postupanje javnih izvršitelja ponovljena je ova obaveza, a vrijeme izvršenja ograničeno na period od 8 do 21h. Samo izuzetno, ako postoji očigledno izbjegavanje ili opasnost od odlaganja izvršenja, izvršenje se može provoditi van navedenog vremena (član 62. i 63.). Ove su odredbe u velikom stupnju slične odredbama novog izvršnog prava u Srbiji.

Entitetski zakoni o izvršnom postupku, koji su doneseni 2003. godine u potpuno harmoniziranom obliku u svom izvornom tekstu nisu sadržavali načelnu odredbu o zaštiti dostojanstva dužnika niti o provođenju izvršenja tako da ono predstavlja najmanji teret za njega. U tom smislu se može konstatirati da nisu ni priznali ovo pravilo kao jedno od temeljnih načela izvršnog postupka. Entitetski zakoni o izvršnom postupku su višekratno mijenjani; u Federaciji BiH ni naknadne izmjene nisu izričito propisale ovo načelo, ali je izmjenama Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske iz 2012. unesena odredba koja propisuje da će sud

⁴¹ Više o tome Šarkić/Počuča (n3) 43. Ovo načelo je predviđeno izričito i u pravu Njemačke (Zivilprozessordnung, par. 803. stav 1.). Zanimljivo da u Austriji doktrina smatra da u izvršnom postupku ne važi srazmjernost kao opći princip, iako je glavni pravno politički zahtjev izvršnog postupka pravilno odmjeraivanje interesa dužnika i povjerioca. Rechberger/Oberhammer (2002), Executionsrecht, 3., überarbeitete Auflage, Wien, WUV Universitätsverlag, 29.

⁴² Načelo srazmjernosti se vidi kao temeljno načelo izvršnog postupka. Vidi Hess (n17), 43

⁴³ Službeni list Republike Crne Gore, br. 36/2011., 28/2014., 20/2015., 22/2017., 76/2017. - odluka US i 25/2019.

prilikom sprovođenja izvršenja paziti na dostojanstvo izvršenika, a da sudski izvršilac ili izvršilac po ugovoru može sprovođiti izvršenje u izvršenikovom stanu, samo uz izričito odobrenje suda.⁴⁴ Ovdje se može vidjeti utjecaj OZ RH 2010 koji je takođe dopunio temeljnu odredbu o zaštiti dostojanstva dužnika; izostavljena je odredba koju je sadržavao OZ RH o načelnoj zabrani izvršenja u stanu izvršenika noću ili neradnim danom, osim ako za to postoje opravdani razlozi. U Federaciji BiH je postojao pokušaj izmjene ZIP FBIH 2011. godine (Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku). Ovaj Nacrt nije usvojen kao zakon ali nije imao nikakve nove odredbe kada je u pitanju načelo zaštite izvršenika. U decembru 2020. izrađen je novi Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku⁴⁵ koji je bio u javnoj raspravi u periodu od 28.03. do 28.05.2022. godine. Ni ovaj iz decembra 2020 nije proklamovao ovo načelo, ali je predvidio određene odredbe koje idu u pravcu zaštite izvršenika, npr. isključenje stambene nekretnine od izvršenja, potreba srazmjernosti itd. Ono što je karakteristično za oba entiteta jeste činjenica da je nizom izmjena zaštićena određena kategorija dužnika. To nisu bili socijalno ugroženi slojevi stanovništva već nosioci javne vlasti (općine, gradovi, kantoni, entiteti) čije su nepokretne i pokretne stvari, dionice i udjeli u privrednim društvima izuzeti od izvršenja.⁴⁶

3. Zaštite egzistencijalnog minimuma i djelatnosti izvršenika

Jedan od aspekata načela socijalnosti ogledao se u ZIP 1978 u generalnoj zabrani izvršenja na stvarima ili pravima neophodnim za zadovoljenje osnovnih životnih potreba ne samo dužnika, nego i osoba koje je on po zakonu dužan da izdržava kao i na stvarima ili pravima koja su neophodna za vršenje samostalne djelatnosti koja je glavni izvor dužnikovih prihoda (član 5. st. 1.). Ako su u pitanju pravna lica izvršenje se nije moglo provesti ako su stvari i prava neophodni za obavljanje zadataka odn. djelatnosti tog pravnog lica (član 6. ZIP-a 1978.g.).

Kako je prethodno navedeno, neki su zakoni o izvršnom postupku u regiji izostavili načelnu odredbu o zaštiti dostojanstva dužnika i obazrivom izvršenju, a tim prije odredbu o zaštiti egzistencijalnog minimuma i djelatnosti izvršenika.

OZ RH 1996. je preuzeo rješenja ZIP-a 1978 o zaštiti egzistencijalnog minimuma i djelatnosti fizičke osobe, kao i djelatnosti pravne osobe. Iako je, kako je već navedeno supra 2., OZ RH 1996 odredbu o zaštiti izvršenika samo dijelom formulirao kao opće načelo (zaštita dostojanstva dužnika i obzirno izvršenje) a odredbe o zaštiti egzistencijalnog minimuma i vršenja samostalne djelatnosti izvršenika te o zaštiti djelatnosti pravne osobe je uvrstio u opća pravila o provođenju izvršenja radi naplate novčanog potraživanja (član 70), moglo bi se konstatirati da je ovdje zaštita izvršenika ipak bila najopsežnija. Iako načela kao takva imaju veliki značaj za razumjevanje i cilja i filozofije jednog zakona, izmještanje odredaba o zaštiti izvršenika fizičke i pravne osobe i njihove djelatnosti u opća pravila o izvršenju

⁴⁴ Član 3. stav 4. i 5. ZIPRS dopunjen je 2012. godine (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 57/2012.).

⁴⁵ file:///C:/Users/mpovl/Downloads/Nacrt%20zakona%20o%20izmjenama%20i%20dopunama%20Zakona%20o%20ovr%C5%A1nom%20postupku.pdf. Pristup: 20.06.2022.

⁴⁶ Više o tome za Federaciju BiH vidjeti kod Povlakić, Osvrt na dva nova zakonska teksta u Federaciji BiH: Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, Zakon o finansijskom poslovanju, NPR 2/2016, 24, 27 - 29.

novčanih potraživanja stavlja ove odredbe gotovo u razinu načela, jer je izvršenje radi naplate novčanog potraživanja centralni i najobimniji dio propisa o izvršenju. Izmjene i dopune OZ iz 2005. su dopunile ova rješenja propisujući posebno zaštitu izvršenika koji ne obavlja samostalnu djelatnost i zaštitu izvršenika koji obavlja takvu djelatnost, ali je a odredba više tehničko i nomotehničko poboljšanje nego da je sadržinski donijela nešto novo u odnosu na rješenja člana 5. stav 1. i člana 6. ZIP-a 1978 odnosno člana 70. OZ RH 1996. Ako se radi o fizičkoj osobi koja ne obavlja registriranu djelatnost ili slobodno zanimanje onda se izvršenje radi naplate novčanog potraživanja ne može provesti na stvarima i pravima fizičke osobe koji su nužni za zadovoljenje njenih osnovnih životnih potreba i osoba koje je po zakonu izvršenik dužan izdržavati. U slučaju da izvršenik, fizička osoba, obavlja registriranu ili samostalnu djelatnost dodatno se izvršenje ne može provesti ni na stvarima i pravima koja su nužna za obavljanje njezine registrirane djelatnosti ako joj je ona glavni izvor sredstava za život. Izvršenje se ne može provesti na stvarima i pravima pravnih osoba radi naplate novčanog potraživanja ako su te stvari ili prava nužna za obavljanje njihove djelatnosti. Nekretnine za stanovanje su izričito bile izuzete od navedene zaštite i mogle su biti predmetom izvršenja (član 70. stav 3.). Zanimljivo je da su zakonske odredbe izričito dopuštale izvršenje na stambenoj nekretnini i nekretnini koja služi obavljanju samostalne djelatnosti izvršenika fizičke osobe, dok su, prema odredbi člana 71. koji je regulirao zaštitu djelatnosti pravne osobe, sve nekretnine pravnih osoba koje služe obavljanju njihove djelatnosti bile izuzete od izvršenja.⁴⁷ Opraštajući se od socijalističkog pravnog modela i sa prelaskom na tržišni način privređivanja bilo bi logično da su pravne osobe na tržištu odgovorne za svoje poslovanje i da odgovaraju svojom cjelokupnom imovinom. Izuzimanjem stvari i prava, a time i nekretnina, potrebnih za obavljanje djelatnosti pravnih osoba pravnim osobama je pružen možda i veći obim zaštite nego je nužno. Eventualno bi se mogle izuzeti nekretnine potrebne za obavljanje djelatnosti javne vlasti ili od javnog interesa (npr. školske zgrade), ali ovom odredbom su bile izuzete proizvodne pa i upravne poslovne zgrade i prostorije. Rješenje je korigirano odredom člana 72. OZ RH 1996. budući da se na ograničenja izvršenja izvršenik nije mogao pozvati ukoliko je takve nekretnine dobrovoljno založio svom povjeriocu; ova je odredba stipulirana u cilju zaštite tražioca izvršenja i takav je i sam njen naslov. Može se pretpostaviti da poslovni subjekti u cilju dobivanja kredita često zalažu svoje nekretnine; u tom slučaju one nisu zaštićene od izvršenja. Ako su u pitanju socijalni razlozi fokus zaštite izvršenika je trebao biti prije postavljen na stambene nekretnine izvršenika nego na djelatnost pravnih osoba.

Prvi Zakon o izvršenju Republike Makedonije iz 2005. godine doslovno preuzeo odredbu člana 5. ZIP 1978 kao jedno od načela postupka, ali ne i člana 6. koja je pružala zaštitu izvršeniku koji je bio pravna osoba i takvo rješenje je zadržano i u ZIP M 2016., što je rješenje koje je više odgovaralo duhu vremena u kojem su doneseni ovi zakoni, nego rješenje hrvatskog prava.

Novi ZIP BDBiH 2013 je proširio zaštitu izvršenika i u osnovi se vratio odredbama člana 5. stav 1. i 6. ZIP-a 1978. Ove zaštitne odredbe nisu stipulirane u okviru općih odredba, već predstavljaju opće odredbe u korpusu pravila o izvršenju radi naplate novčanih potraživanja (član 82. i 83.). Ovdje je ZIP BD BiH 2013

⁴⁷ Ovakva rješenja će biti zadržana i OZ RH 2010 (član 88. i 89.) i OZ RH 2012 (član 75. i 76.).

slijedio rješenja hrvatskog zakona (do novele iz 2017).

Zakoni koji reguliraju izvršenje u Srbiji (ZIP SRB 2004, ZliO SRB 2011 i ZliO SRB iz 2015.), Crnoj Gori (ZIP CG 2004, ZliO CG 2011), Federaciji BiH i Republici Srpskoj ne sadrže odredbe o zaštiti egzistencijalnog minimuma izvršenika niti njegove samostalne djelatnosti koja mu je izvor sredstava za život, kao ni odredbe o zaštiti djelatnosti pravnih osoba.

4. Neki instituti u kojima je implementirano načelo zaštite izvršenika

4.1. Izuzimanje i ograničenje izvršenja

Načelo zaštite izvršenika najpotpunije dolazi do izražaja u zakonskim odredbama o izuzimanju ili ograničenju izvršenja; u ZIP-u 1978 su ova ograničenja bila mnogobrojna i različita zavisno od predmeta izvršenja (kada su u pitanju pokretne stvari – član 71. ZIP-a 1978, za potraživanja – član 92. ZIP-a 1978). Kada su nekretnine u pitanju ovaj je Zakon propisivao da nije moguće izvršenje na poljoprivrednom zemljištu i privrednim zgradama zemljoradnika u obimu neophodnom za njegovo izdržavanje i izdržavanje članova uže porodice i drugih osoba koje je po zakonu dužan da izdržava, kao i kuća za njihovo stanovanje (član 152.). Ograničenje nije bilo striktno kvantitativno formulirano, već je izuzimanje od izvršenja zavisilo od konkretnih okolnosti slučaja, čime je u većoj mjeri moguće uzeti u obzir ukupne prilike izvršenika.

U ovom dijelu rada će se prikazati važeća rješenja u regionu sa ciljem da se ustanovi kakvu su sudbinu doživjele odredbe o izuzimanju i ograničenju izvršenja. Naglasak će biti na nekretninama a posebno na nekretninama koje služe za stanovanje izvršenika, njegove porodice i lica koje je on dužan izdržavati, budući da je izvršenja na nekretninama općenito a posebno na nekretnini koja predstavlja dom, posebno tegobno za izvršenika. Zakonodavstva će biti prikazana redosljedom od onog koji je u većoj mjeri slijedi rješenja ZIP-a 1978 do onih koje su izuzimanje i ograničenje od izvršenja radikalno ograničili.

Vremenski prvo ali dosljedno sa najvećim stupnjem zaštite izvršenika u ovom segmentu je pravo Republike Hrvatske. OZ 1996 RH je propisao da ne mogu biti predmet izvršenja poljoprivredno zemljište i gospodarske zgrade zemljoradnika u obimu potrebnom za njegovo izdržavanje i izdržavanje članova njegove uže porodice te drugih osoba koje je po zakonu dužan izdržavati (član 86.). U odnosu na ZIP 1978 razlika se sastojala u tome da od izvršenja nije bila izuzeta kuća sa dvorištem za stanovanje zemljoradnika i gore navedenih osoba. Takva je rješenje hrvatski zakonodavac zadržao i u kasnije donesenim zakonima i njihovim izmjenama (član 93. OZ 2010 RH, član 91. OZ 2012) uz novinu iz 2017. godine, o kojoj će docnije biti više riječi (v. 41), a kojom je od izvršenja općenito izuzeta jedina stambena nekretnina izvršenika, bez obzira na to čime se on bavi. Što se tiče ograničenja izvršenja na pokretninama i novčanim primanjima, OZ RH 1996 je zadržao identična rješenja kao ZIP 1978 (član 128 i 148 OZ RH 1996).⁴⁸

⁴⁸ Izmjena se odnosila na skraćenje vremena za hranu i ogrijev potrebnim izvršeniku i njegovoj porodici na 3 mjeseca (umjeso ranijih 6 mjeseci). OZ RH 2010 zauzima u izvjesnoj mjeri protivrječan stav – s jedne strane ukida vremensku odrednicu od 3 mjeseca kada su u pitanju ogrijev i hrana za izvršenika i njegovu porodicu, čima povećava stupanj zaštite izvršenika, a s druge strane, sve pokretne stvari koje

U makedonskom pravu su zadržana gotovo u potpunosti sva ograničenja izvršenja na pokretnim stvarima i novčanim primanjima kao i u ZIP-u 1978 (član 84. i 104. ZIP M 2005, član 94. i 116. ZIP M 2016).⁴⁹ I dok su ograničenja na pokretnim stvarima i novčanim potraživanjima ostala gotovo ista, reducirano je u izvjesnoj mjeri izuzimanje nekretnina od izvršenja, po ugledu na hrvatsko pravo (član 163. stav 1. ZIP M 2005, član 175. stav 1. ZIP M 2016). Nekretnine zemljoradnika, potrebne za obavljanje njegove djelatnosti su izuzete na isti način kao i u ZIP-u 1978 i OZ HR, ali ne i zgrada za stanovanje sa dvorištem; ovo je rješenje identično onome u hrvatskom pravu. U Makedoniji nema nikakvih posebnih ograničenja za stambene nekretnine izvršenika općenito pa čak ni kada je zemljoradnik, što znači manji stupanj zaštite izvršenika negu u Hrvatskoj, ali u svakom slučaju znači intenzivniju zaštitu izvršenika nego u BiH, Crnoj Gori i Srbiji, gdje je ovaj vid zaštite izvršenika bio radikalnije ograničen.

Kad se govori o rješenjima u BiH, potrebno je naglasiti da se rješenja u Brčko distriktu razlikuju od entitetskog zakonodavstva. Dok je prvi ZIP BDBiH 2000 slijedio ZIP SRJ 2000, novi ZIP BD BiH 2013 u potpunosti je ovdje slijedio rješenja OZ RH 2010 i u pogledu nekretnina (član 98), pokretnih stvari (član 135) i novčanih primanja (član 155.).⁵⁰ Razika u odnosu na hrvatsko pravo se odnosi na stambene nekretnine koje su dom izvršenika a koje ovdje nisu predmetom posebnih ograničenja.

U novom izvršnom pravu u entitetima BiH su izvornim zakonskim tekstovima izuzimanja i ograničenja od izvršenja bila svedena na najmanju moguću mjeru a tako je ostalo i do danas.⁵¹ Kada su u pitanju nekretnine izuzeće je bilo propisano za poljoprivredno zemljište u vlasništvu lica koja se bave poljoprivrednom proizvodnjom

su u OZ RH 1996 bile izuzete od izvršenja a u vezi su sa obavljanjem djelatnosti (izuzev za zemljoradnika) bivaju izostavljene iz odredbe o izuzeću pokretnih stvari (član 94. i 122). Ipak ovdje treba voditi računa da je su već od donošenja OZ RH 1996 kao opći principi izvršenja radi naplate novčanih potraživanja uvedene odredbe o zaštiti egzistencijalnog minimuma i djelatnosti izvršenika fizičke i pravne osobe (v. supra 3). OZ 2012 ponovo uvodi vremensko ograničenje ograničenje za hranu i ogrijev (sada 6 mjeseci, kao u ZIP-u 1978), uvodi ponovo izuzeće za alat, mašine i druge predmete koji su izvršeniku zanatliji ili trgovcu pojedincu nužni za obavljanje njegove upisane djelatnosti, te sirovine i pogonsko gorivo za tri mjeseca rada, te za predmete koji su nužni izvršeniku koji samostalno u obliku zanimanja obavlja upisanu ili koju drugu profesionalnu djelatnost (član 135.), a proširuje listu izuzetih novčanih primanja na naknadu za porodilje i roditelje (član 172.). Dakle, obim zaštite izvršenika je proširen. Ove razlike se čine odista slučajnim i proizvoljnim pa se može postaviti pitanje zašto je zakonodavac tako često i protivvrječno mijenjao odredbe o izuzeću pokretnih stvari od izvršenja.

⁴⁹ Razlika je postojala u pogledu ograničenja izvršenja na pokretnim stvarima: zaštita je ograničena kada su u pitanju hrana i ogrijev; isti su izuzeti samo u obimu dovoljnom za tri mjeseca dok je u ZIP-u 1978 ovaj vremenski period bio utvrđen na 6 mjeseci.

⁵⁰ Prvi OZ BD BiH iz 2000 godine je bio zadržao ista ograničenja na pokretnim stvarima (104.) i novčanim primanjima (član 123) kao i ZIP 1978, ali je radikalno ograničio obim izvršenja na nekretninama na 10 ari po ugledu na ZIP SRJ iz 2000. godine (član 71.).

⁵¹ Drastično su reducirana ograničenja izvršenja na novčanim primanjima, te je čak dopušteno izvršenje na stipendijama, primanjima po osnovu nezaposlenosti i socijalne zaštite i sl. Naime nije dozvoljeno izvršenje samo primanjima po osnovu zakonskog izdržavanja osim ako se radi o istovrsnim potraživanjima (čl. 137 ZIP FBiH / ZIP RS). Ograničenja izvršenja na pokretnim stvarima su takođe bila radikalno izostavljena jer čak ni invalidska pomagala, niti predmeti od afekcione vrijednosti (npr vjenčani prsten, ordeni, priznanja) nisu izuzeti od izvršenja (član 117 ZIP FBiH / ZIP RS). Neki autori u ovome nisu vidjeli potpuno napuštanje načela zaštite izvršenika, već samo njegovo ograničenje. Tako Daupović in: Daupović et al. (2005), Komentari zakona o izvršnom postupku Federacije BiH i Republike Srpske, komentar uz član 8 [12], 29 i uz član 43 [2], 172 – 173. Autorica ovog rada je bila kritičnija. Vidjeti Povlakić in: Daupović et al. (2005), Komentari zakona o izvršnom postupku

i to površine od 5.000 m² (član 79 ZIP FBiH / ZIP RS); napušten je elastični standard koji je ovo izvršenje mjerio prema potrebama izvršenika. Osim toga je ograničenje uspostavljeno samo na poljoprivrednom zemljištu ali ne na gospodarskim i stambenim zgradama.

U Crnoj Gori je i u ZIP CG 2004 (član 154. stav 1) i u ZliO CG 2011 (član 165. stav 1) radikalno ograničeno izvršenje na nekretninama tako što je od izvršenja izuzeto samo 10 ari poljoprivrednog zemljišta zemljoradnika.⁵² Identično i u Republici Srbiji – član 111. stav 1. ZIP SRB 2004, član 115. stav 1. ZliO SRB 2011 i član 164. stav 1. ZliO SRB 2015.⁵³

4.2. Posebno o nekretninama koje izvršenik koristi kao dom

ZIP 1978 je u cilju zaštite izvršenika sadržavao određene odredbe kojima se štitio izvršenik u slučaju da je nekretnina u kojoj je stanovao sa članovima svoje porodice i osobama koje je dužan izdržavati bila predmetom izvršenja. Međutim, u ovom zakonu nije izričito bila izuzeta od izvršenja jedina stambena nekretnina koja predstavlja dom izvršenika. To je bio slučaj samo ako se radilo o zemljoradnicima, pa su od izvršenja, osim poljoprivrednog zemljišta i gospodarskih zgrada u obimu potrebnom za njegovo izdržavanje i izdržavanje članova njegove porodice kao i drugih osoba koje je po zakonu bio dužan izdržavati, bile izuzete kuće sa dvorištem koje su zemljoradniku i njegovoj porodici služile za stanovanje (član 152. stav 1. i 2.). Iako ostale stambene nekretnine nisu izričito bile izuzete od izvršenja, primjenom načela socijalnosti tj. obavezom da izvršenje bude što je manje nepovoljno za izvršenika (a šta je za njega stresnije od iseljenja iz njegovog doma?)⁵⁴ te odredbom koja je generalno izuzimala stvari i prava koja su služila zadovoljavanju osnovnih životnih potreba (član 5. stav 1.), nije bilo prepreke da sud stanovanje kvalificira kao osnovnu životnu potrebu te ne dozvoli izvršenje na stambenoj nekretnini. Ipak, odredba člana 185. ZIP-a 1978 je upućivala na to da zakonodavac nije primarno imao u vidu da su porodična ili stambena zgrada izuzete od izvršenja. Citirana odredba je predviđala pravo izvršenika da nakon prodaje i dosude nekretnine i dalje tu stanuje, ali kao zakupac. Iako to omogućuje zaključak da stambena nekretnina nije bila izuzeta od

Federacije BiH i Republike Srpske, komentar uz član 65, 243 - 248. Načelo zaštite dužnika je gotovo potpuno bilo isključeno iz ovih zakona. Povlakić (n18), 83 – 84.

⁵² I stari i novi zakon o izvršenju Crne Gore su zadržali gotovo ista ograničenja u pogledu pokretnih stvari (član 74. ZIP CG 2004, član 81. ZliO CG 2011) i novčanih primanja (član 95. ZIP CG 2004, član 102. ZliO CG 2011) kao i u ZIP-u 1978.

⁵³ U pogledu ograničenja na pokretnim stvarima i novčanim potraživanjima u Srbiji su u ZIP-u 2004 bila izostavljena ograničenja od izvršenja u pogledu radne i rasplodne stoke, poljoprivrednih mašina, oruđa za rad zemljoradnika, alata i mašina potrebnih za obavljanje samostalne djelatnosti, knjiga i drugih predmeta za obavljanje djelatnosti; ukratko određeni egzistencijalni minimum je sačuvan, ali sve ono što izvršeniku služilo obavljanju djelatnosti nije više bilo zaštićeno (član 70. ZIP SRB 2004). Ista rješenja su zadržana i u novom Zakonu iz 2015 (član 218).

⁵⁴ Prema stajalištu Evropskog suda za ljudska prava „gubitak doma predstavlja najekstremniji oblik miješanja u pravo na poštovanje doma, pa svaka osoba kojoj prijeti miješanje takvog razmjera treba imati mogućnost ispitivanja razmjernosti takve mjere u svjetlu članka 8. Konvencije, neovisno, što joj je prema nacionalno propisu pravo prestalo“ – McCann protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 19009/04, presuda od 13. maja 2008 [50]. Više o ovoj odluci Mihelčić/Marochini Zrinski, Šantek, Od predmeta McCann do predmeta F.J.M. - razmjernost i pravo na poštovanje doma kod prisilnog namirenja stvarnopravno osiguranih tražbina iz nekretnine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 41, br. 1, (2020), 113, 118.

izvršenja, odredba prema kojoj je takva nekretnina ostajala u posjedu izvršenika je sigurno bitno umanjivala atraktivnost ovih nekretnina kao mogućeg predmeta izvršenja, i time šanse na namirenje tražioca izvršenja

U svim novim zakonima o izvršenju, sem u pozitivnom zakonodavstvu Hrvatske, stambena nekretnina izvršenika ne uživa poseban status. I U Hrvatskoj je bio dug put do efektivne zaštite jedine stambene nekretnine izvršenika. U OZ RH 1996 je bilo izričito propisano da se nekretnine za stanovanje ili obavljanje poslovne djelatnosti ne smatraju stvarima koje su nužne za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba izvršenika i osoba koje je po zakonu dužan izdržavati ili za obavljanje samostalne djelatnosti koja je njegov glavni izvor sredstava za život, osim ako zakonom nije drugačije određeno (član 70. stav 5.). Rješenja su zadržana i u OZ RH 2010 (član 88. stav 5.) kao i OZ RH 2012 (član 75. stav 5.), do izmjena iz 2017. godine. Izmjene OZ RH iz 2017. godine⁵⁵ su uvele novo ograničenja izvršenja ako se radi o nekretnini za stanovanje (stambena nekretnina, dom izvršenika). Ostali zakoni o izvršnom postupku u regiji nisu još slijedili ovaj primjer.

Ipak je i u prvobitnom tekstu OZ RH iz 1996. postojala namjera da se izvršenik zaštititi jer je bio predviđen nužni smještaj izvršenika ako je izvršenje bilo na njegovom domu (član 122.), zaštita je bila samo deklaratorna, jer izvršenje nije bilo uvjetovano postojanjem ovakvog smještaja, a i samo je odredba brisana 2003. godine.⁵⁶ Brisanjem odredbe koja je posebno tretirala vlasnika stambene nekretnine nakon njene prodaje i dosude, u hrvatskom izvršnom pravu ostalo je nakon 2003. godine nelogično rješenje prema kojem je jače bio zaštićen zakupac ili najmoprimac nego bivši vlasnik stana ili zgrade za stanovanje (član 123. OZ RH 1996). Zakupac ili najmoprimac je imao rok od najmanje tri mjeseca da isprazni nekretninu, dok je raniji vlasnik prodajom gubio pravo na posjed.⁵⁷ Odredbe o iseljenju iz kupljene nekretnine su mijenjane u OZ RH 2010 (članovi 172. do 176.) ali je njihov efekt u konačnici ostao isti – gubitak prava na posjed izvršenika, a samo su zakupac i najmoprimac bili zaštićeni minimalnim vremenom za iseljenje. Identično u OZ RH 2012 (članovi 127 – 131).

Izmjene i dopune Ovršnog zakona iz 2014. godine su donijele proširenje zaštite izvršenikovog doma (član 84a).⁵⁸ Bilo je predviđeno pravo izvršenika da u slučaju da je određeno izvršenje na nekretnini u kojoj stanuje i koja je nužna za zadovoljenje njegovih osnovnih stambenih potreba i osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati predložiti sudu odgodu izvršenja. Bile su propisane pretpostavke pod kojima je sud mogao donijeti rješenje o odgodi izvršenja uz dokaz da je titular prava na kojem predleži izvršenje umjesto na svom domu. Sud će donijeti odluku ako stekne uvjerenje

⁵⁵ Narodne novine, br. 73/2017.

⁵⁶ Više o tome Aras Kramar, (n21) 15.

⁵⁷ Ovome se može prigovoriti da je vlasnik stana bio dužnik/izvršenik koji nije ispunio svoj dug, a da zakupac/najmoprimac nije kriv za izvršenje. Ipak, iseljenje iz nekretnine koja predstavlja dom podjednako je stresno u obje situacije.

⁵⁸ Narodne novine Republike Hrvatske, br. 93/2014.

o isunjenju propisanih pretpostavki, što je nedovoljno određen pojam.⁵⁹Ovaj je zakon donio i bitniju promjenu u smislu zaštite lica čija je stambenena nekretnina prodana u izvršnom postupku. Ako prodana nekretnina predstavlja nekretninu u kojoj izvršenik stanuje i koja je nužna za zadovoljenje njegovih osnovnih stambenih potreba ovršenika i kao i osoba koje je po zakonu dužan izdržavati, izvršenik je imao pravo korištenja nekretnine kao najmoprimac godinu dana od dana donošenja zaključka o predaji nekretnine uz plaćanje najamnine koju utvrđuju sporazumno ili koju će u nedostatku sporazuma utvrditi sud. Bilo je pravo tražioca izvršenja, da ako može u trajanju od godinu dana od dana donošenja zaključka o predaji nekretnine osigurati drugu nekretninu za korištenje, koja je dovoljna za zadovoljenje osnovnih stambenih potreba izvršenika i osoba koje je po zakonu dužan izdržavati, da zahtjeva iseljenje izvršenika; u tom slučaju sud je morao odbiti prijedlog izvršenika da koristi nekretninu koja je prodana u izvršnom postupku (član 127. stav 2. do 5.).⁶⁰

OZ RH 2017 donosi jednu radikalnu izmjenu i po tome je jedinstven u regiji. Ovim je zakonom jedina stambena nekretnina izvršenika izuzeta od izvršenja⁶¹, ali uz ispunjenje određenih pretpostavki: da se radi o jedinoj nekretnini izvršenika u kojoj on stanuje (sam ili s osobama koje je dužan izdržavati i koja služi zadovoljavanju osnovnih životnih potreba), da izvršenik ili osoba koju je on dužan izdržavati nema drugu nekretninu za stanovanje, da izvršenik nije fizička osoba koja obavlja registriranu djelatnost, da izvršenik nije u pismenom obliku i uz ovjeru potpisa dao saglasnost tražiocu izvršenja da ovakva nekretnina može biti predmetom izvršenja. Ipak i ovakva nekretnina može biti predmetom izvršenja u slučaju kad izvršenikova obaveza potječe iz vanugovornog odnosa a sud ocijeni da pravičnost zahtjeva izvršenje na ovakvoj nekretnini (član 75. stav 6. OZ RH 2017).⁶²

U ostalim zakonodavstvima nisu predviđene nikakve posebne zaštitne odredbe za stambenu nekretninu ni kroz ustanovu izuzeća (zaštita *ex ante*) ni kroz mogućnost da izvršenik nakon prodaje nekretnine u kojoj je stanovao zadrži pravo na posjed barem na neko ograničeno vrijeme (*ex-post* zaštita): nakon što je nekretnina prodana odnosno dosuđena kupcu izvršenik gubi pravo na posjed nekretnine neovisno o kakvoj se nekretnini radi i dužan ju je predati kupcu odmah nakon prijema rješenja o prodaji nekretnine, ako zakonom ili u sporazumu sa kupcem nije drukčije određeno (član 132. ZIP 2013 BDBIH, član 110. ZIP FBiH / ZIP RS, član 182. ZliO CG). U Srbiji neposredni posjednik nekretnine predaje ovu u posjed kupcu u roku utvrđenom u zaključku o predaji, tako da se ovdje moglo ostaviti određeno vrijeme za iseljenje, zavisno od okolnosti slučaja (član 194. ZliO 2015 SRB). Samo još u Makedoniji postoji rudimentarna zaštita izvršenika u ovoj situaciji, jer mu se ostavlja određeni rok za iseljenje. U ZIP M 2005 je bilo predviđeno da raniji vlasnik prodanog stana ili

⁵⁹ Vidjeti kritički kod Mihelčić, Marochini, Reforma ovrhe na nekretnini u hrvatskom pravu u svjetlu konvencijskog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br 12, Mostar 2014., 200, 209 – 210.

⁶⁰ Ibid 2011.

⁶¹ Doktrina smatra da je do zakonske izmjene došlo pod utjecajm prakse ESLJP i načela proporcionalnosti. Mihelčić (n15) 956; Mihelčić, Marochini (n62) 200 i 203.

⁶² Više o ovim pretpostavkama vidjeti kod Mihelčić, O „nužnosti“ jedine nekretnine za ovrhu (nekoliko praktičnih pitanja), Pravo i porezi, 4/2022, 49, 51-52.

stambene nekretnine nekretninu mora napustiti u roku od 60 dana od dana donošenja zaključka o prodaji (član 195). Taj je rok u novom makedonskom zakonu skraćen na 30 dana (član 205.).

Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZIP FBiH iz 2020 je predvidio dopunu člana 79. i pored dosadašnjeg izuzeća (5.000 m² zemljišta zemljoradnika) predvidio da nekretnina koja predstavlja jedini dom izvršenika ne može biti predmetom izvršenja.⁶³ Jedini dom izvršenika je definiran kao nekretnina ili drugi objekat koji služi isključivo za stanovanje izvršenika i članova njegove uže porodice u mjestu prebivališta izvršenika i članova njegove uže porodice. Obim i površinu nekretnine koja predstavlja jedini dom izvršenika koja se izuzima od izvršenja utvrđivat će sud u svakom konkretnom slučaju.⁶⁴ Ovom je odredbom, kako stoji u obrazloženju ovog Nacrta, zakonodavac želio slijediti određene odluke Ustavnog suda BiH.

Ustavni sud BiH je u više navrata odlučivao o pravu na dom u izvršnom postupku i utvrdio u nizu situacija da je izvršenje na domu izvršenika za njega nesrazmjerni teret.⁶⁵ U više svojih odluka je Ustavni sud BiH je imao zadatak da odmjeri interese tražioca izvršenja i izvršenika. Ustavni sud zapaža da se pri prodaji nekretnine u izvršnom postupku pojavljuju dva privatna interesa, i to tražioca izvršenja, s jedne strane, i apelanata kao izvršenika s druge strane⁶⁶ i da se mora postići pravična ravnoteža između zahtjeva za zaštitu prava apelanata (izvršenika čija je stambena predmet izvršenja) i zahtjeva tražioca izvršenja. Ustavni sud je utvrđivao da li je u predmetnim postupcima bilo ostvareno načelo proporcionalnosti između prava apelanata i legitimnog cilja koji se želi postići, a to je namirenje povjerilaca, što Ustavni sud smatra javnim interesom.⁶⁷ Kada je balans postignut, tada Ustavni sud BiH drži zahvat u pravo na imovinu izvršenika opravdanim. Međutim u posljednjem koraku testa proporcionalnosti u nizu je slučajeva Ustavni sud BiH utvrdio da izvršenje na nekretnini koja predstavlja dom izvršenika i njegove porodice ne zadovoljava načelo proporcionalnosti jer predstavlja nesrazmjerni teret za izvršenika.⁶⁸ Mišljenje je autorice ovog rada da Ustavni sud BiH nije uvijek pravilno

⁶³ Kako je ovaj Nacrt još u parlamentarnoj proceduri a približavaju se izbor, nije realno za očekivati da će biti usvojen te će doživjeti sudbibu prethodnog Nacrta iz 2011. godine. Nakon konstituiranja vlasti ovaj će postupak krenuti iz početka.

⁶⁴ Ova odredba Nacrta zalužuje kritiku, jer će biti neprovodiva. Ako izvršenik sam ili sa malim brojem članova uže porodice stanuje u stanu ili kući veće površine, sud bi mogao, s obzirom na potrebe izvršenika i sa njim zaštićenih lica odrediti izvršenje na dijelovima stana ili kuće. Ovakva situacija otvara nekoliko problema. Prvo, ne postoje kriteriji kako odrediti koliko je površine potrebno za zadovoljavanje životnih potreba izvršenika i osoba koje je on obavezan izdržavati, pa je moguća arbitrnost i različito postupanje sudova. Drugo, nejasno je kako bi se izvršila podjela - da li bi se morala provesti dioba odnosno etažiranje. Bez toga ne bi bio moguć opis novog vlasnika na dijelu kuće ili stana koji nisu kao takvi objekti stvarnog prava. O (ne)podobnosti dijela zgrade ili stana da budu objekt pava vlasništva vidi kod Gavella et al. (2007) Stvarno pravo, Svezak 1, Zagreb, Narodne novine, 559.

⁶⁵ Tako AP-15/14 od 20.04.2016. godine i AP-1955/19 od 25.06.2019. godine

⁶⁶ AP-2721/20 od 11.05.2022. [35].

⁶⁷ Primjera radi predmeti AP-3381/14 od 23. 1. 2015. [40], AP-1086/04 od 2. 12. 2005. [43 i 44].

⁶⁸ Identično postupka i ESLJP; povreda se obično utvrdi tek kod zadnjeg koraka u testu proporcionalnosti – sud utvrđuje da li je u pitanju zaštićeno pravo, da li je bilo miješanja u imovinu, da li je miješanje zakonito, na šta je u pravilu odgovor pozitivan. Povreda se utvrdi kod utvrđenja da li je miješanje u imovinu srazmjerno (i nužno u demokratskom društvu). Vidjeti kod Mihelčić, (n15) 959. Ustavni sud BiH dosljedno slijedi ovu praksu u svim svojim odlukama kada odlučuje o povredi člana 8. Evropske kon-

odmjerio dva suprotstavljena interesa.⁶⁹ Pri tome je nužno spriječiti zloupotrebu procesnih prava^{70 71} odnosno ne pružaiti zaštitu pravu na dom ako zloupotreba prava postoji. Međutim, ESLJP je pružao zaštitu na dom neovisno o tome dali je izvršenik imao neki pravni osnov da koristi nekretninu kao dom i neovisno o vlasništvu⁷² i u slučaju rušenja bespravno podignutih objekata.⁷³ Utoliko je sigurno da bi kada bi odlučivao o nekoj aplikaciji u odnosu na odluke zemalja regije čiji zakoni uopće ne predviđaju zaštitu prava na dom ili ga izričito isključuju od zaštite u izvršnom postupku, ESLJP sigurno konstatirao da na razini zakonodavstva zaštita ovom pravu u postupku izvršenja nije osigurana.

Zaključak

Osnovni cilj izvršnog postupka jeste i treba biti namirenje povjerioca, ali uz odgovarajuću zaštitu dužnika od pretjeranog i nepotrebnog zahvata u njegovu imovinu. Moderni izvršni postupak nužno mora slijediti dva pravopolitička cilja – zaštitu tražioca izvršenja ali i zaštitu izvršenika. U ovom radu su analizirane odredbe zakona koji reguliraju postupak izvršenja u BIH (entitetski zakoni i zakon Brčko distrikta), Crnoj Gori, Hrvatskoj, Makedoniji i Srbiji sa ciljem da se utvrdi koji stupanj zaštite izvršenika pružaju. Kako se zaštita pruža kroz načelo zaštite izvršenika ali i kroz čitav niz drugih instituta, nije ih sve bilo moguće obuhvatiti ovim radom, pa je istraženo da li je propisano ovo načelo, te kako se ono odrazilo na pitanja izuzimanja i ograničenja od izvršenja.

vencije o ljudskim pravima (pravo na dom) ili člana 1. Protokola 1. uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Primjera radi AP-2721/20 od 11.05.2022. [35]. U ovoj recentnoj odluci se Sud pozvao odluke Evropsog suda Čosić protiv Hrvatske, aplikacija broj 28261/06, presuda od 15. januara 2009. godine, Vrzic protiv Hrvatske, aplikacija broj 43777/13, presuda od 12. jula 2016. godine i na niz starijih odluka ESLJP. U odluci AP-4937/14 od 15.05.2017 [44] Ustavi sud se pozvao na odluka ESLJP, McCann protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 13.05.2008. godine, kao i niz odluka protiv Hrvatske (Paulić protiv Hrvatske, Orlić protiv Hrvatske, Bjedov protiv Hrvatske, Čosić protiv Hrvatske).

⁶⁹ Povlakić, Zabilježba izvršenja i prigovor trećeg u zakonodavstvu i sudskoj praksi u Bosni i Hercegovini, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LXII – 2019, 157, 190 – 191.

⁷⁰ Usprkos različitim objašnjenjima zloupotrebe prava doktrina procesnog prava u regiji, kao i opća teorija građanskog prava, izgradila je čitav niz tipiziranih ponašanja koja je moguće smatrati zloupotrebom prava (šikanozno ponašanje, vršenje prava bez opravdanog interesa, vršenje prava suprotno cilju zbog kojeg je ustanovljeno, nesavjesno vršenje prava, neprimjereno vršenje prava, proturječno vršenje prava – *venire contra factum proprium*). Iscrpan pregled stajališta o zloupotrebi prava u parničnom postupku na području bivše SFRJ vidi u: Rakočević, Bona fides u parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 55, br. 4, 2018., 771, 777 i dalje.

⁷¹ U jednom slučaju o kome je raspravljao Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP), Vaskrsić v. Slovenija, je stambena nekretnina izvršenika prodata za pola procijenjene cijene. Pri tome je izvršenik vješto izbjegavao dostavu, pristup izvršitelju koji je trebao plijeniti i dati pokretne stvari, ili je njegova kuća bila prazna. Postupak je pokrenut radi duga koji je bio nesrazmjerno mali u odnosu na vrijednost kuće. U datom je slučaju nesumnjivo bilo povrijeđeno načelo srazmjernosti a prodata nekretnina je bila izvršenikov dom. ESLJP je usvojio aplikaciju. Međutim ne može se izbjeći utisak da je zaštita pružena licu koje je vješto izbjegavalo izvršenja zloupotrebom procesnih prava. Detaljniji prikaz ovog slučaja vidjeti kod Kramar Aras (n21), 22 – 24. O tome da načelo srazmjernosti ne treba primijeniti u slučaju zloupotrebe prava vidjeti Šarkić/Počuča (n3) 43; Nikolić/Šarkić (n8), 765.

⁷² Mihelčić, Marochini, Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, Zbornik PFR, (1991) v. 35, br.1 (2014), 163, 169 i 184.

⁷³ Ivanova i Cherkezov protiv Bugarske, zahtjev br. 46577/15, presuda od 21. travnja 2016. Više o ovoj odluci vidjeti kod Mihelčić/Marochini Zrinski, Šantek (n57) 120.

„Prvi val“ novih zakona o izvršnom postupku je generalno bio restriktivniji u priznanju i primjeni načela zaštite izvršenika, što je docnije u nekim zakonodavstvima koja su ovdje bila predmetom istraživanja, ublaženo, te su interesi izvršenika u većoj mjeri uzeti u obzir. Analizirajući prvi izvršni zakon Srbije, *Šarkić* konstatira da je u želji da se izbjegne pretjerana zaštita dužnika koju je omogućio zakon bivše SFRJ otišlo u drugu krajnost. Ta konstatacija sigurno je tačna i za prve zakone ili prve verzija zakona o izvršenju u BiH i Crnoj Gori; načelo zaštite izvršenika nije bilo izričito predviđeno. Nasuprot tome je već prvi Ovršni zakon u Hrvatskoj (1996) sadržavao načelne odredbe paralelne onima sadržanim u odredbama članova 5. i 6. ZIP-a 1978, a docnije je zaštitu i proširivao. Makedonsko zakonodavstvo je takođe na razini načela slijedilo odredbe ZIP-a 1978 osim što nije predvidjelo zaštitu djelatnosti pravnih osoba. Načelo zaštite dužnika kroz zaštitu njegovog dostojanstva i zabrane pretjeranog izvršenja je bilo propisano u BD BiH već u prvoj verziji zakona, u Crnoj Gori 2011. godine, a u Republici Srpskoj od 2012. Docnije je OZ 2013 BD-BIH prihvatio tada važeća rješenja hrvatskog zakonodavstva. Načelo zaštite izvršenika nije još uvijek kao načelo predviđeno u Srbiji i Federaciji BiH.

Veliki propust bio učinjen u onim zakonima o izvršnom postupku koje zaštitu izvršenika nisu propisale kao načelo tj. izostavljanjem generalne odredbe o zaštiti izvršenika i njegovog dostojanstva prilikom izvršenja. Načela u pravilu traže razradu konkretnijim normama, direktno pozivanje na određeno načelo je veliki izazov za sud, ali je vrijednost načela nezamjenjiva kod tumačenja i primjene konkretnih zakonskih normi. Ispravno su postupili hrvatski i makedonski zakonodavac koji ovo načelo nisu nikada napustili.

Čak i kada nisu predvidjeli zaštitu dužnika kao načelo, zakoni o izvršenju u regiji su zadržali odredbe kojima se u cilju zaštite izvršenika neki predmeti potpuno izuzimaju od izvršenja ili je izvršenje na njima ograničeno. Najradikalniji zaokret u odnosu na ZIP 1978, odnosno ograničenja najužeg obima su predviđena u zakonima entiteta u BiH i to u odnosu na pokretne stvari i novačana primanja. U Srbiji i Crnoj Gori ograničenja na pokretnim stvarima i novčanim potraživanjima se gotovo ne razlikuju od onih iz ZIP-a 1978, dok su radikalno smanjena ograničenja kod izvršenja na nekrentinama; od izvršenja je izuzeto samo 10 ari poljoprivrednog zemljišta neovisno o tome koje su konkretne potrebe izvršenika i njegove uže porodice. U BiH je izuzeto od ograničenja 5.000 m² poljoprivrednog zemljišta ako se radi o zemljoradniku. Ovako formulirana ograničenja će možda u nekom slučaju pružiti dovoljnu zaštitu izvršenika (mali broj članova porodice, izuzetno plodno zemljište itd.) a u nekima neće; veliki je problem da ovakva rješenja ne vode računa o stvarnim potrebama izvršenika, jer je samo na taj način zaštita efikasna.

Poseban problem predstavlja činjenica da sem u Hrvatskoj niti u jednoj zemlji nije izvršena nikakva zakonodavna izmjena kojom bi bila osigurana zaštita prava na dom, uprkos činjenici da postoje odluke ESLJP u tom pravcu. Da je ovo pitanje neriješeno i problematično vidi se npr. u BiH po brojnim apelacijama koje podnose izvršenici čija je stambena nekretnina bila predmetom izvršenja; ustavni sudovi se nepotrebno optrećuju takvim predmetima i pružaju zaštitu onim licima koja podnesu apelaciju, a zaštita koja važi za sve odnosno promjena zakona bi bila bolje rješenje.

**PROTECTION OF THE DEBTOR – IS IT STILL A PRINCIPLE OF
ENFORCEMENT PROCEDURE?
(COMPARATIVE REVIEW OF SOLUTIONS IN CERTAIN COUNTRIES
SUCCESSORS OF THE FORMER SFRY)**

(Summary)

The doctrine of procedural law in the region (and beyond) considers that the main goal of the enforcement procedure is the efficient settlement of the creditor - the person seeking enforcement. However, a modern enforcement procedure must ensure a balance between the interests of the debtor and creditor. Law on enforcement procedure of the former SFRY primarily protected the interests of the debtor, and the task of the reform of enforcement law in the countries emerged after the dissolution of the SFRY was to provide more effective protection to the creditor in accordance with the new conditions of the market economy.

In this paper, the provisions of the law regulating the enforcement procedure in Bosnia and Herzegovina (entity laws and the law of the Brčko District), Montenegro, Croatia, Northern Macedonia and Serbia were analyzed with the aim of determining whether this balance was established. It discusses whether these instruments retain the principle of protection of the debtor as one of the basic principles and how this protection is achieved in case of exemption and limitation from enforcement, and especially whether the debtor's only residential real estate (the debtor's home) is exempt from enforcement.

The "first wave" of new laws on enforcement procedure was generally more restrictive in the recognition and application of the principle of protection of the debtor, which was later relaxed in some legislations presented here, and the interests of the debtor were taken into account to a greater extent. The principle of protection of debtor is not yet foreseen as a principle in laws of Serbia and the Federation of Bosnia and Herzegovina.

There are pertinent differences in the legislation regarding the regulation of exemptions and limitations of enforcement, especially when it comes to the debtor's real estate. And while in the matter of enforcement of movable property and monetary income, almost all analyzed laws have adopted almost completely the solutions of the Law of the former SFRY (except the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska), many are extremely restrictive when it comes to real estate (Montenegro, Serbia and Bosnia and Herzegovina).

The highest degree of protection is generally provided by Croatian enforcement law, especially after the amendment of 2017, which significantly limited enforcement on residential real estate, in which the influence of the practice of the European Court of Human Rights can be noticed. Frequent proceedings before the Constitutional Courts in the region regarding the right to a home, suggest that other legislators should also consider protecting the right to a home in executive proceedings.

Keywords: protection of debtors, the principle of sociality, exclusion and limitation of execution, the right to home in enforcement proceedings

LITERATURA:

1. Ajani, Gianmaria Federico, La circulation des modèles juridiques, R.I.D.C., 4/1994;
2. Aras Kramar, Slađana, Zaštita ovršenika u svjetlu novina u ovrsi na nekretnini, Pravni vjesnik god. 33 br. 3-4, 2017;

3. Daupović/Obradović/Povlakić/Zaćiragić/Živanović (2005) Komentari zakona o izvršnom postupku Federacije BiH i Republike Srpske, Sarajevo, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Europske komisije;
4. Dika, Mihajlo (1996) Novo ovršno pravo – neki temeljni instituti in: Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, Informator;
5. Dika, Mihajlo (2007) Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Zagreb, Narodne novine;
6. Gavella/Josipović/Gliha/Belaj/Stipković (2007) Stvarno pravo, II. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Narodne novine;
7. Hess, Burkhard, Different enforcements structures in: C.H van Rhee and A. Uzelac (eds) (2010) Enforcement and Enforceability – Tradition and Reform, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland;
8. Hess, Burkhard (1998) Ekspertiza o nacrtu ovršnog zakona Federacije BiH od 16.07.1997, objavljeno u Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o ovršnom postupku Federacije BiH, izdanje Ministarstva pravde, Sarajevo;
9. Janevski/Povlakić (2014) The notary service in charge of unburdening the court, Comparative Report in: Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, Third Regional Conference, Tirana;
10. Janevski/Zoroska Kamilovska (2011), Грађанско процесно право, книга трета, Извршно право, Skorje, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“;
11. Janevski/Zoroska Kamilovska/Rakočević (2021), Новините во Законот за извршување од 2016 година со измените и дополнувањата од 2018 и 2019 година, Skorje, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“;
12. Mihelčić, Gabrijele, O „nužnosti“ jedine nekretnine za ovrhu (nekoliko praktičnih pitanja), Pravo i porezi, 4/2022;
13. Mihelčić, Gabrijele, Proporcionalnost kao korektiv u službi zaštite nekretnina ovršenika in: XIV Majsko savetovanje, Savremeni pravni promet i usluge, Mičović (ur.) (2018) Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet;
14. Mihelčić, Gabrijele, Marochini, Maša, Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, Zbornik PFR, (1991) v. 35, br.1 (2014).
15. Mihelčić, Gabrijele, Marochini, Maša, Reforma ovrhe na nekretnini u hrvatskom pravu u svjetlu konvencijskog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, br. 12, 2014;
16. Mihelčić/Marochini Zrinski, Šantek, Od predmeta McCann do predmeta F.J.M. - razmjernost i pravo na poštovanje doma kod prisilnog namirenja stvarnopravno osiguranih tražbina iz nekretnine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 41, br. 1, (2020);
17. Nikolić, Mladen, Šarkić, Nebojša (2018) Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju (sudska prakse, teorija), Beograd, Službeni glasnik;
18. Povlakić/Muftić/Herenda, Mogućnost zloupotrebe prava u postupku javnog nadmetanja za prodaju nekretnina u izvršnom postupku u pravu BiH, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 77, 2021., br. 3-4;
19. Povlakić/Muftić/Herenda, Mogućnost zloupotrebe procesnih prava prilikom prodaje nekretnine na trećem ročištu i za cijenu manju od procijenje-

- ne vrijednosti – BiH i komparativno pravo, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LXIV/2021;
20. Povlakić, Zabilježba izvršenja i prigovor trećeg u zakonodavstvu i sudskoj praksi u Bosni i Hercegovini, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LXII – 2019;
 21. Povlakić, Meliha, Osvrt na dva nova zakonska teksta u Federaciji BiH: Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, Zakon o finansijskom poslovanju, NPR 2/2016;
 22. Povlakić, Meliha, Bosnien und Herzegowina, Die Entwicklung des Zivilprozessrechtes in B&H (1918 – 2008) in: Rechberger, Walter (2011) Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Südosteuropa vom 1918 bis 2008, Wien, Jan Sramek Verlag;
 23. Povlakić, Meliha, Die praktischen Probleme des Vollstreckungsrechts - dargestellt am Beispiel von Bosnien und Herzegowina in: *Compilation of works of the Conference „The Rule of Law and Civic Society – Requirements for a modern Judiciary“*, Dubrovnik 4.12. – 8.12.2002, published by German Ministry of Justice and IRZ Foundation;
 24. Poznić, Borivoje, Rakić-Vodineć, Vesna, Građansko procesno pravo (1999) Petnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, Savremena administracija;
 25. Rakočević, Milka, Bona fides u parničnom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 55, br. 4, 2018;
 26. Rijavec, Vesna, Neue Aspekte des Gläubigerschutzes nach dem slowenischen Vollstreckungs- und Sicherungsgesetz, *WiRO*, Heft 11/1999;
 27. Rechberger, Walter, Paul, Oberhammer (2002), *Executionsrecht*, 3., überarbeitete Auflage, Wien, WUV Universitätsverlag;
 28. Stanković, Gordana (1998) *Građansko procesno pravo*, 4. izdanje, Niš, Pravni fakultet;
 29. Stanković, Gordana, Boranijašević, Vladimir (2017) *Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja*, Prvo izdanje, Kosovska Mitrovica, Pravni fakultet Priština/Kosovska Mitrovica;
 30. Šarkić, Nebojša, Nikolić, Mladen, Prikaz novog Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije i buduće reforme, *Pravna riječ*, 11/2007;
 31. Šarkić, Nebojša, Počuča, Milan, Načelo zaštite izvršnog dužnika prema novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, *Pravni život*, 5-6/2017;
 32. Triva/Belajec/Dika (1980), *Sudsko izvršno pravo*, Opći dio, Informator, Zagreb;
 33. Vékás, Lajos, *Privatrechtsreform in einem Transformationsland* in: J. Basedow et. al. (Hrsg.) (2001), *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Ausländisches und internationales Privatrecht*, München.

Dr Nikola Bodiřoga, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

AMANDMANI NA USTAV REPUBLIKE SRBIJE I NAČELA SUDSKE VLASTI

347.96/99:342.4(497.11)“2006”
342.4.047:347.96/99(497.11)“2022”

изворна научна статија

Skupština Srbije usvojila je 30. novembra 2021.godine Akt o promeni Ustava, zajedno sa Ustavnim zakonom za sprovođenje tog akta. Republički referendum o potvrđivanju Akta o promeni Ustava sproveden je 16. januara 2022.godine i većina izašlih građana glasala je u prilog ustavnih promena. Izmene Ustava proglašene su u Narodnoj skupštini 9.februara 2022.godine. Kao osnovni razlog za promenu važećeg Ustava iz 2006.godine navođena je potreba za reformom pravosuđa, te jačanje nezavisnosti ove grane vlasti i suzbijanje i eliminisanje političkih uticaja na rad sudstva. Ustavnim promenama obuhvaćena su načela sudske vlasti kao i principi organizacije javnog tužilaštva. U tekstu ćemo analizirati nova ustavna rešenja koja se odnose na funkcionisanje sudstva, imajući u vidu ciljeve koji su postavljeni pre otpočinjanja procesa ustavne reforme, ali i moguće probleme koji se mogu pojaviti u praksi. Imajući u vidu da su nakon proglašenja ustavnih amandmana raspisani predsednički i parlamentarni izbori, izmena zakona kojima se uređuje organizacija sudstva ostavljena je za sledeći saziv skupštine, ali se već naziru konture mogućih zakonodavnih intervencija, sve u cilju usklađivanja sa izmenama Ustava.

Ključne reči: ustavni amandmani, načela sudstva, nezavisnost, visoki savet sudstva.

1. Načela organizacije sudske vlasti prema Ustavu iz 2006.godine

Jedna od najsnažnijih kritika koja je upućivana na račun Ustava iz 2006.godine odnosila se upravo na odredbe kojima su postavljene osnove funkcionisanja sudske vlasti. U tom smislu isticano je kako ustavna rešenja omogućavaju upliv politike na izbor nosilaca pravosudnih funkcija, pre svega polazeći od ovlašćenja koja ima Narodna skupština. Stalnost sudijske funkcije bila je ozbiljno ugrožena, jer su lica koja se prvi put biraju za sudije birana na period od tri godine. Tek nakon proteka tog perioda mogli su biti birani na stalnu sudijsku funkciju.

Odnos tri grane vlasti i nezavisnost sudske vlasti. – Na samom početku rada treba ukazati na odredbu člana 4 Ustava iz 2006.godine koji nosi naziv „Podela vlasti“. U tom članu se navodi da je pravni poredak jedinstven (stav 1), a da uređenje vlasti počiva na podeli na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast (stav 2). Odnos ove tri grane vlasti zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli (stav 3). Šta znači ravnoteža i međusobna kontrola između tri grane vlasti do današnjeg dana ostalo je

nerazjašnjeno.¹ U članu 4, stav 4 Ustava propisano je da je sudska vlast nezavisna. Na protivrečnost stava 3 i stava 4 ukazivano je neposredno nakon usvajanja Ustava iz 2006.godine. U tom smislu postavilo se pitanje kako je sa načelom nezavisnosti sudske vlasti spojiva ustavna odredba o tome da se odnos između tri grane vlasti zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli.² Kasnije ćemo videti da je ova odredba samo neznatno izmenjena usvajanjem ustavnih amandmana.

Izbor sudija i predsednika sudova. – U članu 99, stav 2 Ustava iz 2006. godine bilo je propisano da Narodna skupština u okviru svojih izbornih prava: bira i razrešava sudije Ustavnog suda, bira predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednike sudova. Narodna skupština je imala ovlašćenje da bira predsednike svih sudova, od Vrhovnog kasacionog kao najvišeg suda u Republici Srbiji, pa sve do predsednika prvostepenih sudova. Kada je u pitanju izbor sudija, Narodna skupština je imala ovlašćenje, da na predlog Visokog saveta sudstva, bira za sudiju lice koje se prvi put bira na sudijsku funkciju (član 147, stav 1), a mandat sudiji koji je prvi put bio izabran na sudijsku funkciju trajao je tri godine. Izbor sudija za trajno obavljanje sudijske funkcije bio je poveren Visokom savetu sudstva (član 147, stav 3), a ovom organu pripadalo je i ovlašćenje da odlučuje o izboru sudija koji su na stalnoj sudijskoj funkciji u drugi ili viši sud. Na kraju da napomenemo, da Ustav ne sadrži nijednu odredbu koja se bavi uslovima za izbor sudija, već je ta materija u celosti prenetu u nadležnost zakonodavca.³

Načela sudstva. – Sudska vlast je jedinstvena na teritoriji Republike Srbije (član 142, stav 1) i vrše je sudovi opšte i posebne nadležnosti (član 143, stav 1). Zakonodavcu je prepušteno da uredi osnivanje, organizaciju, nadležnost, uređenje i sastav sudova (član 143, stav 2). Pojedina pravila o sastavu sudova bila su sadržana i u Ustavu. Tako je članom 142, stav 4 bilo propisano da u suđenju učestvuju i sudije porotnici, na način utvrđen zakonom.⁴ Zakonodavcu je ostavljeno ovlašćenje da propiše da u određenim sudovima i u određenim stvarima sude samo sudije (član 142, stav 5).⁵ Zbornost suđenja postavljena je kao pravilo, a zakonom je moglo biti propisano da u određenim pravnim stvarima sudi sudija pojedinac (član 142, stav 6).

Nedostatne odredbe o Vrhovnom kasacionom sudu. – Umesto Vrhovnog suda, kao najviši sud ustanovljen je Vrhovni kasacioni sud. Za ovu promenu naziva najvišeg suda nikada nisu bili dati jasni razlozi. Osim toga, naziv Vrhovni kasacioni sud uopšte nije bio u skladu sa ovlašćenjima kojima su tom sudu data u procesnim zakonima. Ustav iz 2006.godine sadržao je samo dva stava u članu 143 koji se odnose na Vrhovni kasacioni sud. Navedeno je da je to najviši sud u Republici Srbiji i da je

¹ Umesto ovako nejasno i nespretno formulisane odredbe, trebalo je samo primeniti rešenja koja u uporednom pravu odavno postoje. Za austrijsko pravo videti Oskar J. Ballon, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren*, Leykam 2009, 46–47.

² Ratko Marković, *Ustav Republike Srbije: Predgovor*, Beograd, IP Justinijan 2006, 16.

³ Ranko Keča / Marko. S. Knežević, *Građansko procesno pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2016, 71.

⁴ Iako je Ustav iz 2006.godine inaugurisao princip kolegijalnog suđenja, u pojedinim procesnim zakonima dominira princip inokosnosti, kao što je slučaj u prvostepenom parničnom postupku, videti Gordana Stanković / Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Niš 2020, 57.

⁵ U prvostepenom parničnom postupku sudija pojedinac sudi o svim građanskopravnim sporovima, a jedini izuzetak su sporovi iz porodičnih odnosa kada postupa veće sastavljeno od sudije pojedinca kao predsednika veća i dvoje sudija porotnika, videti Nikola Bodiroga, *Zakon o parničnom postupku*, Beograd 2020, 28–29.

sedište tog suda u Beogradu. Nijedna odredba o ovlašćenjima Vrhovnog kasacionog suda niti o ulozi tog suda koja se odnosi na ujednačavanje sudske prakse nije bila sadržana u Ustavu, već je to ostavljeno zakonodavcu. S druge strane, ceo član 144 bio je posvećen predsedniku Vrhovnog kasacionog suda. Izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda vršila je Narodna skupština, na predlog Visokog saveta sudstva, po pribavljenom mišljenju opšte sednice Vrhovnog kasacionog suda i nadležnog odbora Narodne skupštine (član 144, stav 1). Predsednik Vrhovnog kasacionog suda birao se na period od pet godina i nije mogao biti ponovo biran (član 144, stav 2). Predsedniku Vrhovnog kasacionog suda prestaje funkcija pre isteka vremena na koje je izabran na njegov zahtev, nastupanjem zakonom propisanih uslova za prestanak sudijske funkcije ili razrešenjem iz zakonom propisanih razloga za razrešenje predsednika suda (član 144, stav 3). Odluku o prestanku funkcije predsednika Vrhovnog kasacionog suda donosila je Narodna skupština, u skladu sa zakonom, pri čemu odluku o razrešenju donosi na predlog Visokog saveta sudstva (član 144, stav 4).

Nezavisnost sudske vlasti. – Već smo naveli da je proklamovana nezavisnost sudske vlasti bila dovedena u pitanje odredbom člana 4, stav 3 Ustava prema kojoj se odnos između tri grane vlasti zasnivao na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Nezavisnost sudstva bila je proklamovana i članom 142, stav 2, kojim je bilo određeno da su sudovi samostalni i nezavisni u svom radu i da sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora. Sudske odluke su morale biti zasnovane na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donesenom na osnovu zakona (član 145, stav 2). Sudske odluke su obavezne za sve i ne mogu biti predmet vansudske kontrole (član 145, stav 3), odnosno sudsku odluku je mogao da preispituje samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku (član 145, stav 4).

Nezavisnost sudije. – Sudija je u vršenju sudijske funkcije bio potčinjen samo Ustavu i zakonu (član 149, stav 1). Svaki uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije bio je zabranjen (član 149, stav 2).

Stalnost sudijske funkcije. – Ovaj princip nije bio u potpunosti i dosledno sproveden, jer pored opšteg pravila koje garantuje stalnost sudijske funkcije (član 146, stav 1), postojalo je značajno odstupanje za lica koja se prvi put biraju za sudiju, u kom slučaju je mandat trajao tri godine (član 146, stav 2). Nakon isteka te tri godine, sudija je mogao biti biran na stalnu sudijsku funkciju, ukoliko bi njegov rad tokom trogodišnjeg perioda bio uspešno ocenjen.⁶

U funkciji načela stalnosti sudijske funkcije, Ustav je sadržao i određena pravila o načinima na koji ta funkcija prestaje. Sudiji je prestajala sudijska funkcija na njegov zahtev, nastupanjem zakonom propisanih uslova ili razrešenjem iz zakonom propisanih razloga, kao i ako ne bude izabran na stalnu sudijsku funkciju (član 148, stav 1). Odluku o prestanku sudijske funkcije donosio je Visoki savet sudstva. Protiv ove odluke sudija je imao na raspolaganju žalbu Ustavnom sudu, a izjavljivanje te žalbe isključivalo je pravo na podnošenje ustavne žalbe (član 148, stav 2). Postupak, osnovi i razlozi za prestanak sudijske funkcije, kao i razlozi za

⁶ Gordana Stanković /Ljubica Mandić, *Organizaciono građansko procesno pravo*, Kosovska Mitrovica 2013, 55, međutim u praksi ova odredba nikada nije primenjena u skladu sa Ustavom i Zakonom o sudijama.

razrešenje predsednika suda uređeni su zakonom (član 148, stav 3).

Nepremestivost sudije. – Sudija je imao pravo da vrši sudijsku funkciju u sudu za koji je izabran i mogao je samo uz svoju saglasnost da bude premešten ili upućen u drugi sud (član 150, stav 1). U slučaju ukidanja suda ili pretežnog dela nadležnosti suda za koji je izabran, sudija je izuzetno mogao bez svoje saglasnosti da bude trajno premešten ili upućen u drugi sud, u skladu sa zakonom.

Imunitet sudije. – Sudija nije mogao biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudijske odluke, osim ako se radilo o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije (član 151, stav 1). Sudija nije mogao biti lišen slobode u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u obavljanju sudijske funkcije bez odobrenja Visokog saveta sudstva (član 151, stav 2).

Visoki savet sudstva. – Obezbeđivanje i garantovanje nezavisnosti i samostalnosti sudova i sudija bilo je povereno Visokom savetu sudstva (član 153, stav 1).⁷ Taj organ imao je 11 članova (član 153, stav 2). U sastav Visokog saveta sudstva ulazili su predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine kao članovi po položaju i osam izbornih članova koje je birala Narodna skupština u skladu sa zakonom (član 153, stav 3). Izborne članove činili su šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, od kojih je jedan sa teritorije autonomnih pokrajina i dva ugledna i istaknuta pravnika sa najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta (član 153, stav 4). Predsednici sudova nisu mogli biti izborni članovi Visokog saveta sudstva (član 153, stav 5). Mandat članova Visokog saveta sudstva trajao je pet godina, osim za članove po položaju (član 153, stav 6). Član Visokog saveta sudstva uživao je imunitet kao sudija (član 153, stav 7).

Visoki savet sudstva birao je i razrešavao sudije, u skladu sa Ustavom i zakonom, predlagao Narodnoj skupštini izbor sudija prilikom prvog izbora na sudijsku funkciju, predlagao Narodnoj skupštini izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednika ostalih sudova u skladu sa Ustavom i zakonom, učestvovao u postupku za prestanak funkcije predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednika sudova na način predviđen Ustavom i zakonom i vršio i druge poslove u skladu sa zakonom (član 154). Protiv odluke Visokog saveta sudstva mogla se izjaviti žalba Ustavnom sudu, u slučajevima koji su bili propisani zakonom.

2. Ocena rešenja sadržanih u Ustavu iz 2006.godine

Veći broj odredaba o pravosuđu u poređenju sa Ustavom iz 1990.godine. – U odnosu na Ustav Srbije iz 1990.godine, odredbe o pravosuđu u Ustavu iz 2006.godine bile su znatno brojnije. Ono što je ključna razlika jeste način izbora sudija. U članu 73 Ustava 1990 bilo je propisano da Narodna skupština bira i razrešava predsednika i sudije Ustavnog suda, Vrhovnog suda i drugih sudova. U tom smislu Ustav iz 2006.godine ustanovio je sistem podeljene nadležnosti između Visokog saveta sudstva i Narodne skupštine. Visoki savet sudstva postao je nadležan za izbor svih sudija, osim sudija koji se prvi put biraju na sudijsku funkciju. Narodna skupština je zadržala nadležnost da vrši izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednika svih drugih sudova i vršila je izbor sudija koji se prvi put biraju

⁷ Zakon o Visokom savetu sudstva, *Službeni glasnik RS* 116/2008, 101/2010, 88/2011, 106/2015, 76/2021.

na sudijsku funkciju.

Nepostojanje definicije i Ustavom definisane uloge sudske vlasti. – Osnovna uloga sudova prema Ustavu iz 1990.godine bila je zaštita sloboda i prava građana, zakonom utvrđenih prava i interesa pravnih subjekata i zaštita ustavnosti i zakonitosti (član 95), dok Ustav iz 2006.godine nije definisao zadatke sudske vlasti. I Ustavom iz 1990. godine bila je garantovana samostalnost i nezavisnost sudova koji su sudili na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata (član 96, stav 1). Ustav iz 2006. godine propisivao je da sudovi pored Ustava, zakona i drugih opštih akata sude i na osnovu potvrđenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava, u skladu sa odredbom člana 16, stav 2 prema kojoj su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Ustavom iz 1990.godine bio je garantovan imunitet sudija, odnosno niko ko učestvuje u suđenju nije mogao biti pozvan na odgovornost za mišljenje dato prilikom donošenja sudske odluke, a u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u vršenju sudijske funkcije nije mogao biti pritvoren bez odobrenja Narodne skupštine (član 96, stav 2), a slične odredbe sadržao je i Ustav iz 2006.godine, s tim što je o imunitetu sudije odlučivao Visoki savet sudstva.

Sastav suda. – Odredbe o sastavu suda bile su gotovo identične kao u Ustavu iz 2006.godine. Osnovno pravilo bilo je suđenje u veću (član 98, stav 1), dok se zakonom moglo predvideti da će u određenim pravnim stvarima suditi sudija pojedinac (član 98, stav 2). U suđenju su učestvovali sudije i sudije porotnici na način utvrđen zakonom (član 99), a zakonom se moglo propisati da će u određenim stvarima suditi samo sudije.

Odredbe o stalnosti sudijske funkcije. – Ustav iz 1990.godine garantovao je stalnost sudijske funkcije. Sudiji je prestajala sudijska funkcija kad to sam zatraži ili kad ispuni uslove za starosnu penziju u skladu sa zakonom. Sudija nije mogao protiv svoje volje biti razrešen dužnosti, osim kada je osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora u trajanju od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nepodobnim za vršenje sudijske funkcije, kad nestručno ili nesavesno vrši sudijsku funkciju ili kad trajno izgubi radnu sposobnost za vršenje sudijske funkcije. Vrhovni sud je utvrđivao postojanje razloga za prestanak sudijske funkcije, odnosno za razrešenje sudije i o tome obavestavao Narodnu skupštinu. Sudija nije mogao biti premešten protiv svoje volje (član 101 Ustava iz 1990.godine). Sudija nije mogao obavljati službu ili posao koji su zakonom određeni kao nespojivi sa sudijskom funkcijom (član 100 Ustava iz 1990.godine). Organizacija, osnivanje, nadležnosti, sastav sudova i postupak pred sudovima uređivali su se zakonom, a Vrhovni sud je bio u najviši sud u Republici (član 102 Ustava iz 1990.godine).

Znatno manji broj odredaba sadržanih u Ustavu iz 1990.godine nije nužno značio da su jemstva nezavisnosti sudova i sudija bila slabije postavljena u odnosu na Ustav iz 2006.godine. S jedne strane, Narodna skupština imala je ovlašćenja u postupku izbora sudija i predsednika sudova, kao i u postupku odlučivanja o prestanku sudijske funkcije i prestanku funkcije predsednika suda, ali su s druge strane svi razlozi za prestanak sudijske funkcije bili propisani u Ustavu iz 1990. godine, dok je Ustav iz 2006.godine samo propisivao da će svi razlozi za prestanak sudijske funkcije, kao i razlozi za razrešenje biti uređeni zakonom.

Ustav iz 1990.godine je u potpunosti i dosledno garantovao stalnost sudijske funkcije. Ustav iz 2006.godine uveo je kategoriju sudija na određeno vreme. Naime, sudije koje su prvi put birane na sudijsku funkciju imale su ograničen mandat u trajanju od tri godine. Prema odredbama Ustava iz 1990.godine, sudija nije mogao biti premešten protiv svoje volje, dok je prema Ustavu iz 2006.godine to moglo da se desi u slučaju ukidanja suda ili pretežnog dela nadležnosti suda za koji je sudija izabran.

Visoki savet sudstva. – Uvođenje Visokog saveta sudstva trebalo je da unapredi samostalnost i nezavisnost sudova i sudija. Sastav ovog organa bio je mešovit, odnosno uključivao je šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, dva istaknuta pravnik od kojih je jedan bio advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta, kao i tri člana po funkciji (predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar pravde i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine). Većinu u ovom organu činile su sudije, ali je politički uticaj bio prisutan u vidu ministra pravde i predsednika nadležnog odbora Narodne skupštine. Osim toga, sve članove Visokog saveta sudstva neposredno ili posredno je birala Narodna skupština.⁸

Zabrana preispitivanja sudskih odluka. – U cilju jačanja nezavisnosti sudske vlasti Ustav iz 2006.godine sadržao je i odredbe prema kojima sudske odluke nisu mogle biti vansudske kontrole, odnosno da su sudske odluke mogle biti preispitivane samo od strane nadležnog suda u zakonom propisanom postupku (član 145, stav 3 i 4).

Zaključak. – Iz svega navedenog može se zaključiti da Ustav iz 2006.godine nije u svim aspektima unapredio načela organizacije sudske vlasti. Najznačajnija novina u odnosu na prethodni Ustav jeste uvođenje Visokog saveta sudstva čiji je sastav definisan Ustavom, a nadležnosti su delimično regulisane Ustavom, a drugim delom prepuštene zakonodavcu. Ovaj organ je uveden da bi obezbedio samostalnost i nezavisnost sudova i sudija. Njegov sastav bio je mešovit, pri čemu su većinu činile sudije, dok je politički uticaj u Savetu bio zastupljen preko ministra pravde i predsednika nadležnog odbora Narodne skupštine. Uvođenjem sudija na određeno vreme oslabljen je princip stalnosti sudijske funkcije, a svi razlozi za prestanak sudijske funkcije bili su uređeni zakonom, što je još jedan korak nazad u odnosu na Ustav iz 1990.godine.

3. Razlozi za promenu Ustava iz 2006.godine

Nedostaci u Ustavu iz 2006. godine kao razlog za pristupanje ustavnoj reformi. – U obrazloženju Predloga za promenu Ustava, Vlada Republike Srbije se osim obaveza koje su preuzete tokom procesa pregovaranja sa Evropskom unijom osvrnula i na odredbe Ustava iz 2006.godine koje se bave pravosuđem, odnosno data je kritika ovih odredaba u nekoliko pravaca.⁹ Na ovom mestu ukazaćemo na najvažnije nedostatke Ustava iz 2006.godine koje je Vlada Republike Srbije identifikovala u obrazloženju Predloga za promenu Ustava.

⁸ Mišljenje Venecijanske komisije o Ustavu Republike Srbije iz 2006.godine dostupno je na adresi [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)004-srb](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)004-srb), 29.3.2022.

⁹ Obrazloženje Predloga akta o promeni Ustava dostupno je na adresi http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2020/1984-20.pdf, 28.3.2022.

Nesistematičnost ustavnih odredaba o pravosuđu. – U prvom redu se navodi kako su ustavne odredbe koje normiraju sudove nesistematične. Naime, načela sudske vlasti su razasuta unutar dela Ustava koji normira sudove. Ustavne garancije personalne nezavisnosti sudije, kao što su stalnost, nezavisnost i nepremestivost nisu navedene na jednom mestu. Kao primer ove nesistematičnosti navodi se da su odredbe o nezavisnosti sudije smeštene iza odredaba kojima se uređuje položaj predsednika Vrhovnog kasacionog suda i odredaba kojima se uređuju sudske odluke.

Protivrečnost između pojedinih ustavnih odredaba. – U obrazloženju predloga ukazuje se i na protivrečnost između pojedinih ustavnih odredaba. Tako se u članu 142, stav 2 propisuje da sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora, a u članu 149, stav 1 navodi se kako je sudija u vršenju sudijske funkcije nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu.

Prenormiranost. – Kao primer prenomiranosti navodi se odredba člana 144 kojim se uređuje položaj predsednika Vrhovnog kasacionog suda, dok o samom Vrhovnom kasacionom sudu postoje samo dva stava u članu 143. U tom smislu sporno je da li ceo jedan član Ustava treba da bude posvećen predsedniku Vrhovnog kasacionog suda. Sam naziv najvišeg suda u Republici Srbiji je takođe sporan, imajući u vidu nadležnosti ovog suda u sudskim postupcima. Zbog toga je predloženo vraćanje naziva „Vrhovni sud“.

Osnovi prestanka sudijske funkcije. – Vlada u obrazloženju predloga ističe i kako je neprihvatljivo da se osnovi prestanka sudijske funkcije, odnosno razlozi za razrešenje uopšte ne navode u Ustavu, već se ta materija u celosti prepušta zakonodavcu. S jedne strane omogućeno je podnošenje žalbe Ustavnom sudu protiv odluke Visokog saveta sudstva, ali se o razrešenju sudije, kao i o samom postupku u kojem se odlučuje o disciplinskoj odgovornosti sudija uopšte ne govori.

Nedovoljne garancije stalnosti sudijske funkcije. – Naročito se ukazuje na slabljenje stalnosti sudijske funkcije, propisivanjem trogodišnjeg mandata za sudije koje se prvi put biraju na sudijsku funkciju. Poziva se i na mišljenje Venecijanske komisije iz 2007.godine, u kojem je ovo rešenje naročito kritikovano. Uvođenje probnog mandata za sudije koje se prvi put biraju na sudijsku funkciju može ih dovesti u situaciju u kojoj će biti pod pritiskom da postupaju u predmetima na određeni način, odnosno da se od njih traži da pokažu lojalnost i poslušnost, a čime će biti ugrožena ne samo njihova nezavisnost, nego i kvalitet njihovog rada.

Eliminisanje uticaja zakonodavne i izvršne vlasti. – Osnovni razlog zbog kojeg se pristupa promeni Ustava iz 2006.godine jeste potreba za umanjivanjem prevelikog uticaja zakonodavne i izvršne vlasti na izbor nosilaca pravosudnih funkcija. Ovaj uticaj može dovesti do politizacije pravosuđa, a pre svega se ispoljava načinom izbora sudija koji je ustanovljen Ustavom iz 2006.godine. Izmeštanje izbora sudija iz Narodne skupštine u Visoki savet sudstva nije sprovedeno u potpunosti, jer Narodna skupština bira sudije koji se prvi put biraju na sudijsku funkciju, a osim toga u okviru svojih izbornih prava vrši izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednika svih nižestepenih sudova. Sam način izbora članova Visokog saveta sudstva zavisi od Narodne skupštine, jer se svi članovi Visokog saveta sudstva posredno ili neposredno biraju upravo u Narodnoj skupštini, a to se odnosi i na sudije koje su članovi ovog organa. Sastav Visokog saveta sudstva je od presudnog značaja za garantovanje sudijske nezavisnosti.

Ustavni amandmani kao put za izmenu Ustava u delu o pravosuđu.
– Sve navedene anomalije koje sadrži Ustav iz 2006.godine u delu o pravosuđu trebalo je otkloniti ustavnim amandmanima koji su usvojeni u Narodnoj skupštini 30.novembra 2021.godine, potvrđeni na ustavnom referendumu 16.januara 2022.godine i proglašeni u Narodnoj skupštini 9.februara 2022.godine. U daljem tekstu prikazaćemo rešenja sadržana u tim amandmanima i oceniti njihov domašaj.

4. Nezavisnost sudova i sudija u novom ustavnom okviru

Načelo podele vlasti. – Usvajanje ustavnih amandmana trebalo je u prvom redu da osnaži nezavisnost sudske vlasti, odnosno da suzbije uticaj politike (zakonodavne i izvršne vlasti) na izbor sudija, ali i funkcionisanje sudske vlasti uopšte. Izmena člana 4 Ustava koji nosi naziv „Podela vlasti“ ne može se oceniti kao korak u tom smeru. Ovim članom garantuje se jedinstvenost pravnog poretka (stav 1) i proklamuje princip podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast (stav 2). Odnos između ove tri grane vlasti, nakon usvajanja ustavnih amandmana zasniva se na međusobnom proveravanju i ravnoteži (izmenjeni stav 3), dok je Ustav iz 2006. godine propisivao da se odnos između tri grane vlasti zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Stavom 4 garantovana je nezavisnost sudske vlasti. Amandmanom I na Ustav iz 2006.godine, izmenjena je samo jedna reč u članu 4, stav 3, pa se tako sada odnos između tri grane vlasti više ne zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli, nego na ravnoteži i međusobnom proveravanju. Na neodrživost odredbe člana 4, stav 3 u tekstu Ustava iz 2006.godine već smo ukazali, i ta odredba mogla je u potpunosti biti izbrisana, ali je umesto toga sada odnos između tri grane vlasti zasnovan na ravnoteži i međusobnom proveravanju. Šta tačno znači proveravanje u odnosu između sudske vlasti i drugih dveju grana vlasti, ostaje nedorečeno, ali to nije jedina odredba kojom se dovodi u pitanje proklamovani princip nezavisnosti sudstva i sudija.¹⁰

Nezavisnost sudske vlasti i zabrana neprimerenih uticaja na sudiju u vršenju sudijske funkcije. – Sudska vlast pripada sudovima koji su nezavisni (član 142, stav 1), dok je u članu 142, stav 2 Ustava iz 2006.godine bilo propisano da su sudovi samostalni i nezavisni u svom radu i da sude na osnovu Ustava, zakona, drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora. Ni nakon usvajanja ustavnih amandmana, ustavne odredbe ne sadrže definiciju sudske vlasti, niti principe na kojima se zasniva njeno vršenje.¹¹

Nakon usvajanja ustavnih amandmana, hijerarhija izvora prava koje sudovi primenjuju u vršenju sudijske funkcije je izmenjena. Sudija je nezavisan i sudi na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i drugih opštih akata, donetih u skladu sa zakonom (član 144,

¹⁰ U teoriji se ističe kako nezavisnost sudske vlasti znači da nijedan nosilac druge državne vlasti ne može uticati vršenje sudske vlasti, odnosno da se ne može mešati u rad suda. Videti Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2017, 519.

¹¹ Cristoph Leuenberger / Beatrice Uffer–Tobler, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag AG Bern 2011, 19, Oskar J. Ballon, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren*, Leykam 2009, 46–47.

stav 1). Time je zapravo pravilno uređen odnos između pojedinih izvora prava i otklonjena greška koju je sadržao Ustav iz 2006.godine.¹²

Zabranjen je svaki neprimeren uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije (član 144, stav 2), što je izmena u odnosu na ranije rešenje. Članom 149, stav 2 Ustava iz 2006.godine bilo je predviđeno da je zabranjen svaki uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije, dok se nakon usvajanja ustavnih amandmana govori o zabrani neprimerenog uticaja na sudiju. Za izmenjeno pravilo kojim se zapravo ublažava zabrana uticaja na sudiju u vršenju sudijske funkcije nisu dati razlozi.

Sudsku odluku može preispitivati samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku, kao i Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi (član 142, stav 4 Ustava). U odnosu na Ustav iz 2006.godine, sada je izričito propisana mogućnost preispitivanja sudskih odluka i od strane Ustavnog suda, u postupku po ustavnoj žalbi. Ustavni sud je u periodu od konstituisanja prvog saziva do danas, i bez postojanja odgovarajuće ustavne odredbe, koristio ovo ovlašćenje u punom kapacitetu, poništavajući odluke redovnih sudova, pa i Vrhovnog kasacionog suda i primoravajući redovne sudove da se u ponovljenom postupku pridržavaju pravnih stavova koje zauzima Ustavni sud. To je stvaralo ozbiljne probleme unutar sudskog sistema, a nakon usvajanja ustavnih amandmana ti problemi ostaju i dalje nerešeni.¹³

Stalnost sudijske funkcije.– Novom formulacijom člana 146 Ustava garantovana je stalnost sudijske funkcije (Amandman VIII). Sudijska funkcija je stalna i traje od izbora za sudiju pa sve dok sudija ne navrší radni vek. Time je ukinut trogodišnji mandat sudije koji se prvi put bira na sudijsku funkciju, a koji je bio predviđen odredbama Ustava iz 2006.godine (član 146, stav 1 i 2). Uslovi za izbor sudija i uslovi za izbor i mandat sudija porotnika uređuju se zakonom (član 145).

Osnovi prestanka sudijske funkcije sada su propisani Ustavom, što nije bio slučaj sa Ustavom iz 2006.godine. Sudiji prestaje funkcija pre navršénja radnog veka: ako sam to zatraži, ako trajno izgubi radnu sposobnost za vršenje sudijske funkcije, ako mu prestane državljanstvo Republike Srbije ili ako bude razrešen (član 146, stav 3). Kada je u pitanju prestanak sudijske funkcije navršénjem radnog veka, ukazujemo na to da je članom 59 sada važećeg Zakona o sudijama¹⁴ napravljena razlika između sudija Vrhovnog kasacionog kojima prestaje radni vek kada navršé 67 godina života, dok sudijama svih drugih sudova radni vek prestaje kada navršé 65 godina života, a za ovakvo razlikovanje ne postoje ustavnopravno prihvatljivi razlozi.¹⁵

Razlozi za razrešenje sada su propisani Ustavom, suprotno Ustavu iz 2006. godine koji je davao ovlašćenje zakonodavcu da to pitanje uredi. Sudija se razrešava ako bude osuđen za krivično delo na kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili ako je u disciplinskom postupku utvrđeno da je učinio težak disciplinski prekršaj koji, prema oceni Visokog saveta sudsua, ozbiljno šteti ugledu sudijske funkcije ili

¹² Na ovaj problem ukazao je i Ustavni sud u odluci donetoj u predmetu UŽ–14266/2018 od 9.decembra 2021.godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 30.3.2022.

¹³ Nikola Bodiřoga, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019, 186–197.

¹⁴ Zakon o sudijama, *Službeni glasnik RS* 116 /2008, 58/ 2009 – odluka Ustavnog suda, 104 /2009, 101 /2010, 8 /2012 –odluka Ustavnog suda, 121 /2012, 124 /2012 – odluka Ustavnog suda, 101 /2013, 111 /2014 – odluka Ustavnog suda, 117 / 2014, 40 /2015, 63 /2015 – odluka Ustavnog suda, 106 /2015, 63 /2016 – odluka Ustavnog suda, 47/ 2017 i 76/2021.

¹⁵ Nikola Bodiřoga, „O prestanku sudijske funkcije navršénjem radnog veka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2020, 184–193.

poverenju javnosti u sudove (član 146, stav 4). Osim osude za krivično delo na kaznu zatvora u trajanju od najmanje šest meseci, razlog za razrešenje može biti još samo i težak disciplinski prekršaj, ali utvrđena odgovornost za teži disciplinski prekršaj nije dovoljna, već je neophodno da Visoki savet sudstva (u kojem većinu čine sudije), oceni da se radi o takvom teškom disciplinskom prekršaju koji ozbiljno šteti ugledu sudijske funkcije ili poverenju javnosti u sudove. Sam postupak odlučivanja o disciplinskoj odgovornosti sudija mora zadovoljiti standarde pravičnog suđenja. Na to je ukazivao i Evropski sud za ljudska prava u brojnim presudama.¹⁶

Odluku o prestanku sudijske funkcije, bez obzira na osnov prestanka, donosi Visoki savet sudstva (član 146, stav 5). Protiv odluke Visokog saveta sudstva o prestanku funkcije sudija ima pravo na žalbu Ustavnom sudu, koja isključuje pravo na ustavnu žalbu (član 146, stav 6).

Nepremestivost sudija. – Sudija ima pravo da vrši sudijsku funkciju u sudi koji je izabran i samo uz svoju saglasnost može biti trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud, osim u slučaju predviđenom Ustavom (član 147, stav 1). U slučaju ukidanja suda, sudija se premešta u sud koji preuzima nadležnost ukinutog suda (član 147, stav 2). U slučaju ukidanja pretežnog dela nadležnosti suda, sudija može izuzetno bez svoje saglasnosti biti trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud istog stepena koji je preuzeo pretežni deo nadležnosti (član 147, stav 3). Sudija koji je trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud ima pravo da zadrži platu koju je imao u sudu iz kojeg je premešten ili upućen ako je ona povoljnija po njega (član 147, stav 4). Sudu je ukinut pretežni deo nadležnosti ako je usled promene stvarne nadležnosti suda, osnivanja novog suda ili drugog zakonom predviđenog slučaja smanjen potreban broj sudija u sudu (član 147, stav 4). Protiv odluke o trajnom premeštaju ili privremenom upućivanju sudija ima pravo na žalbu Ustavnom sudu, koja isključuje ustavnu žalbu (član 147, stav 5).

Imunitet i nespojivost. – Sudija ne može biti pozvan na odgovornost za mišljenje koje je dato u vezi sa vršenjem sudijske funkcije i za glasanje u postupku donošenja sudske odluke, osim ako je time izvršeno krivično delo kršenja zakona od strane sudije (član 148, stav 1). Sudija ne može bez odobrenja Visokog saveta sudstva biti lišen slobode u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u vršenju sudijske funkcije (član 148, stav 2). Zakonom se uređuje koje su funkcije, poslovi ili privatni interesi nespojivi sa funkcijom sudije i sudije porotnika (član 148, stav 3). Zabranjeno je političko delovanje sudija (član 148, stav 4).

Uređenje sudstva. – Sudska vlast je jedinstvena na teritoriji Republike Srbije (član 142, stav 2 Ustava). Osnivanje, ukidanje, vrste, nadležnost, područja i sedišta sudova, sastav suda i postupak pred sudovima uređuju se zakonom (član 143, stav 1 Ustava). To znači da za razliku od Ustava iz 2006. godine, ustavni amandmani ne pominju sudove opšte i posebne nadležnosti, pri čemu nije jasno zašto je ova načelna odredba izbačena iz Ustava.¹⁷

¹⁶ Jedna od najnovijih presuda koja se bavi ovim pitanjem doneta je u predmetu Reczkowicz vs. Poland, 22.jul 2021.godine (stavovi 216–284), dostupno na adresi [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite-mid%22:\[%22001-211127%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite-mid%22:[%22001-211127%22]), 30.3.2022.

¹⁷ Poređenja radi, Ustav Savezne Republike Nemačke u članu 92 propisuje da je sudska vlast poverena sudijama: nju vrše Savezni ustavni sud, savezni sudovi koji su predviđeni ovim Ustavom i sudovi saveznih zemalja, videti Ustav Savezne Republike Nemačke, priredio i preveo Edin Šarčević, Sarajevo 2019.

Uređenje sastava suda takođe je ostavljeno zakonodavcu na regulisanje, dok je Ustav iz 2006.godine u članu 142, stav 6 sadržao pravilo da sud sudi u veću, a da se zakonom moglo propisati da u određenim stvarima sudi sudija pojedinac.¹⁸ Kada je u pitanju učesće sudija porotnika, Ustav iz 2006 imao je načelnu odredbu prema kojoj u suđenju učestvuju sudije i sudije porotnici, na način utvrđen zakonom (član 142, stav 4), dok se zakonom moglo predvideti da u određenim sudovima i u određenim stvarima sude samo sudije (član 142, stav 5). Nakon usvajanja ustavnih amandmana izmenjeni član 142, stav 7 Ustava predviđa da sude samo sudije, a da se zakonom može propisati da pored sudija u suđenju učestvuju i sudije porotnici.

Najviši sud u Republici Srbiji je Vrhovni sud (član 143, stav 2 Ustava), umesto Vrhovnog kasacionog suda koji je bio ustanovljen Ustavom iz 2006.godine. Osim toga nijedna druga odredba o Vrhovnom sudu nije našla svoje mesto u Ustavu, što znači da propust koji je učinjen još usvajanjem Ustava iz 2006.godine, ni nakon donošenja ustavnih amandmana nije otklonjen. Zabranjeno je osnivanje prekih, privremenih ili vanrednih sudova (član 143, stav 3 Ustava), i u tom pogledu nema nikakve razlike u poređenju sa Ustavom iz 2006.godine.

Predsednik Vrhovnog suda i predsednici sudova. – Za razliku od Ustava iz 2006.godine koji je član 144 u celosti posvetio predsedniku Vrhovnog kasacionog suda, izmenjeni član 149 Ustava nosi naziv „Predsednik Vrhovnog suda i predsednici sudova“. Predsednika Vrhovnog suda bira Visoki savet sudstva po pribavljenom mišljenju opšte sednice Vrhovnog suda, na pet godina (član 149, stav 1). Isto lice ne može biti ponovo birano za predsednika Vrhovnog suda. Predsednike ostalih sudova bira Visoki savet sudstva, na pet godina (član 149, stav 3), ali se Ustav ne izjašnjava o mogućnosti da isto lice bude dva ili više puta birano za predsednika suda, već se to ostavlja za zakon o sudijama.

5. Visoki savet sudstva

Položaj i nadležnosti Visokog saveta sudstva. – Ustavnim amandmanima znatno je osnažena uloga Visokog saveta sudstva. To je postao organ koji ima najveća ovlašćenja u izboru sudija i predsednika sudova, ali i u postupku donošenja odluka o drugim pitanjima koja se tiču funkcionisanja sudske vlasti. Visoki savet sudstva je nezavisan državni organ koji obezbeđuje i jemči nezavisnost sudova, sudija, predsednika sudova i sudija porotnika (član 150, stav 1 Ustava). Definicijom Visokog saveta sudstva kao državnog organa otklonjena je dilema koja je postojala u jednom delu pravne teorije u pogledu toga da li je Visoki savet sudstva državni organ ili organ sudske vlasti.¹⁹

Narodna skupština više nema izborna prava kada je u pitanju izbor sudija i predsednika sudova. Izbor svih sudija, sudija porotnika, predsednika Vrhovnog suda i predsednika svih sudova prenet je u nadležnost Visokog saveta sudstva. Savet bira sudije i sudije porotnike i odlučuje o prestanku njihove funkcije, bira predsednika Vrhovnog suda i predsednike ostalih sudova i odlučuje o prestanku

¹⁸ Iako je Ustav iz 2006.godine inaugurisao princip kolegijalnog suđenja, u pojedinim procesnim zakonima dominira princip inokosnosti, kao što je slučaj u prvostepenom parničnom postupku, videti Gordana Stanković/ Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Niš 2020, 57.

¹⁹ Borivoje Poznić / Vesna Rakić–Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015, 92.

njihove funkcije, odlučuje o premeštaju i upućivanju sudija, određuje potreban broj sudija i sudija porotnika, odlučuje o drugim pitanjima položaja sudija, predsednika sudova i sudija porotnika i vrši druge nadležnosti određene Ustavom i zakonom (član 150, stav 2 Ustava). Ako se tome doda ovlašćenje Visokog saveta sudstva da na zajedničkoj sednici sa Visokim savetom tužilaštva predloži deset kandidata za sudije Ustavnog suda, od kojih će pet izabrati opšta sednica Vrhovnog suda, jasno je da je Visoki savet sudstva koncentrisao značajne nadležnosti. Savet bira sve sudije od sudija prvostepenih sudova do sudija Vrhovnog suda, sve predsednike sudova od predsednika prvostepenih sudova do predsednika Vrhovnog suda i učestvuje u postupku izbora jedne trećine sudija Ustavnog suda.

Sastav Visokog saveta sudstva. – Broj članova Visokog saveta sudstva ostao je isti kao i u Ustavu iz 2006.godine, ali je njegov sastav znatno izmenjen. Visoki savet sudstva ima 11 članova: šest sudija koje biraju sudije, četiri istaknuta pravnika koje bira Narodna skupština i predsednik Vrhovnog suda (član 151, stav 1). U Visokom savetu sudstva više nema mesta za ministra nadležnog za pravosuđe i za predsednika nadležnog odbora Narodne skupštine, što je pravdano potrebom za uklanjanjem političkog uticaja na funkcionisanje ovog organa. Ono što je ostalo isto kao i Ustavu iz 2006.godine, jeste sudijska većina u Savetu. Od 11 članova šest su sudije koje će biti izabrane od strane sudija.

Izbor članova Visokog saveta sudstva iz reda sudija uređuje se zakonom (član 151, stav 2). Prilikom izbora sudija u Visoki savet sudstva vodi se računa o najširoj predstavljenosti sudija (član 151, stav 3). Pravilo o najširoj predstavljenosti sudija nije postojalo u Ustavu iz 2006.godine. Članom 22 Zakona o Visokom savetu sudstva propisana je zastupljenost različitih vrsta i stepena sudova u Visokom savetu sudstva.

Ono što je novo u odnosu na Ustav iz 2006.godine jeste učešće istaknutih pravnika u radu Visokog saveta sudstva. Od ukupno 11 članova četvoro će biti istaknuti pravnici. Narodna skupština bira članove Visokog saveta sudstva među istaknutim pravnicima sa najmanje deset godina iskustva u pravnoj struci, od osam kandidata koje predloži nadležni odbor Narodne skupštine, posle javnog konkursa, glasovima dve trećine svih narodnih poslanika, u skladu sa zakonom (član 151, stav 4). Za razliku od Ustava iz 2006.godine prema čijim odredbama su u Visokom savetu sudstva bila zastupljena samo dva istaknuta pravnika, jedan koji je advokat i drugi koji je profesor pravnog fakulteta, prema novom ustavnom uređenju njihov broj je dvostruko veći. Ustav iz 2006.godine propisivao je da istaknuti pravnici iz reda advokature i profesora pravnih fakulteta moraju imati najmanje 15 godina iskustva u pravnoj struci, a sada se za istaknutog pravnika traži da ima najmanje deset godina iskustva. Broj istaknutih pravnika članova Visokog saveta sudstva povećan je sa dva na četiri, ali je broj godina potrebnog iskusstva smanjen sa petnaest na deset.

Kako je izbor članova Visokog saveta sudstva iz reda istaknutih pravnika pitanje koje ne bi smelo da bude predmet stranačkog preglasavanja, propisano je da se njihov izbor vrši dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika, pri čemu poslanici biraju između osam kandidata koje je predložio nadležni odbor Narodne skupštine. Sami kandidati moraju se prijaviti na javni konkurs, što ima za cilj da unapredi transparentnost postupka njihovog izbora. Imajući u vidu da neće uvek biti moguće postići dvotrećinsku većinu za izbor člana Visokog saveta sudstva

iz reda istaknutih pravnika, Ustavom je propisan poseban postupak kako bi se izbegla blokada u izboru članova Saveta.

Ako Narodna skupština ne izabere sva četiri člana u roku određenom zakonom, preostale članove posle isteka zakonom određenog roka između svih kandidata koji ispunjavaju uslove za izbor bira komisija koju čine predsednik Narodne skupštine, predsednik Ustavnog suda, predsednik Vrhovnog suda, Vrhovni javni tužilac i Zaštitnik građana, većinom glasova (član 151, stav 5). Iz citirane ustavne odredbe proizlazi da ukoliko nema dvotrećinske većine u Narodnoj skupštini, za izbor člana Saveta iz reda istaknutih pravnika, dovoljno je da kandidat dobije podršku troje članova komisije koju čine predsednik Narodne skupštine, predsednik Ustavnog suda, predsednik Vrhovnog suda (koji je i sam član Visokog saveta sudstva po funkciji), Vrhovni javni tužilac i Zaštitnik građana.

Predsednici sudova ne mogu biti birani u Visoki savet sudstva (član 151, stav 6), a to pravilo propisivao je i Ustav iz 2006. godine (član 153, stav 5). Oni ne mogu biti ni članovi Saveta po položaju, osim predsednika Vrhovnog suda.

Član Visokog saveta sudstva kojeg je izabrala Narodna skupština mora biti dostojan te funkcije (član 151, stav 7). Član Visokog saveta sudstva kojeg je izabrala Narodna skupština ne može biti član političke stranke (član 151, stav 8). Ostali uslovi za izbor i nespojivost sa funkcijom člana Visokog saveta sudstva kojeg bira Narodna skupština uređuju se zakonom (član 151, stav 9). To znači da kada su u pitanju članovi Visokog saveta sudstva iz reda istaknutih pravnika, pored deset godina iskustva u pravnoj struci, dostojnosti i zabrane članstva u političkoj stranci, zakonom se mogu propisati i dodatni uslovi za njihov izbor.

Način donošenja odluka u Visokom savetu sudstva nije Ustavom uređen.

– Jedna od važnih tačaka sporenja u postupku donošenja ustavnih amandmana bila je većina koja je potrebna za donošenje odluka u Visokom savetu sudstva. Kako Savet ima 11 članova, ako bi Savet odlučivao većinom glasova od ukupnog broja članova, to bi značilo da je za donošenje odluke dovoljno da za nju glasa šest članova. Imajući u vidu da šest članova Saveta čine sudije, to bi značilo da je saglasnost svih članova iz reda sudija dovoljna za donošenje odluka. Propisivanje kvalifikovane većine koja bi podrazumevala da je neophodno da za odluku glasa najmanje sedam ili osam članova Saveta značilo bi da šest članova iz reda sudija ne mogu da preglasaju ostale članove Saveta. Uzimajući u obzir velika ovlašćenja koja su ustavnim amandmanima preneti u nadležnost Visokog saveta sudstva, smatramo da bi zakonom trebalo propisati da je za donošenje odluka neophodan glas barem sedam ili osam članova Saveta, a kako je to i bilo predviđeno jednom od verzija ustavnih amandmana.²⁰

Mandat članova Visokog saveta sudstva i predsednik i potpredsednik Visokog saveta sudstva. – Član Visokog saveta sudstva bira se na pet godina (član 152, stav 1 Ustava). Isto lice ne može biti ponovo birano u Visoki savet sudstva (član 152, stav 2 Ustava). Predsednika Visokog saveta sudstva bira Visoki savet sudstva među članovima koji su sudije, a potpredsednika među članovima koje bira Narodna skupština, na pet godina. Za predsednika Visokog saveta sudstva ne može biti izabran predsednik Vrhovnog suda (član 152, stav 3). Predsednik Visokog saveta sudstva mora biti sudija, ali to ne može biti predsednik Vrhovnog suda. Time je znatno

²⁰ U jednoj od verzija ustavnih amandmana bilo je predviđeno da Visoki savet sudstva donosi odluke glasovima najmanje osam članova Visokog saveta sudstva, ali je ta odredba uklonjena i regulisanje tog pitanja će biti sprovedeno u zakonu.

umanjen značaj predsednika Vrhovnog suda u radu i odlučivanju Visokog saveta sudstva. Članom 6 još uvek važećeg Zakona o Visokom savetu sudstva propisano je da je predsednik Vrhovnog kasacionog suda predsednik Saveta po položaju, ali će taj zakon morati da se izmeni i u tom delu, jer je prema novim ustavnim rešenjima predsednik Vrhovnog suda biti samo član Saveta, čiji predsednik će biti sudija koji je biran za člana Saveta. Ustavom nije propisano da li predsednik Visokog saveta sudstva može biti sudija bilo kog suda ili bi to ipak morao da bude sudija Vrhovnog suda ili drugog suda republičkog ranga. To pitanje trebalo bi urediti izmenama ili novim Zakonom o Visokom savetu sudstva.

Pre isteka vremena na koje je izabran, članu Visokog saveta sudstva prestaje mandat ako sam to zatraži ili ako bude osuđen na krivično delo na kaznu zatvora od najmanje šest meseci. Članu koji je sudija prestaje mandat i s prestankom funkcije sudije, a članu koji nije sudija i ako trajno izgubi radnu sposobost za vršenje funkcije člana Visokog saveta sudstva (član 152, stav 4). Odluku o prestanku mandata člana Visokog saveta sudstva donosi Visoki savet sudstva. Protiv odluke o prestanku mandata dozvoljena je žalba Ustavnom sudu, koja isključuje pravo na ustavnu žalbu (član 152, stav 5).

Pravno sredstvo protiv odluke Visokog saveta sudstva. – Protiv odluke Visokog saveta sudstva dozvoljena je žalba Ustavnom sudu u slučajevima propisanim Ustavom i zakonom. Izjavljena žalba Ustavnom sudu isključuje pravo na podnošenje ustavne žalbe (član 153 Ustava). Ustavom je propisano da se žalba Ustavnom sudu može izjaviti protiv odluke Visokog saveta sudstva o prestanku sudijske funkcije, protiv odluke o premeštaju i upućivanju sudije, kao i protiv odluke o prestanku mandata člana Visokog saveta sudstva, što znači da se druge situacije u kojima će biti dozvoljeno izjavljivanje žalbe Ustavnom sudu moraju propisati zakonom.

Imunitet članova Visokog saveta sudstva. – Članovi Visokog saveta sudstva ne mogu biti pozvani na odgovornost za mišljenje dato u vezi sa vršenjem funkcije člana Visokog saveta sudstva i za glasanje prilikom donošenja odluka Visokog saveta sudstva (član 154, stav 1). Članovi Visokog saveta sudstva ne mogu bez odobrenja Visokog saveta sudstva biti lišeni slobode u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela koje su učinili kao članovi Visokog saveta sudstva (član 154, stav 2 Ustava).

6. Umesto zaključka

Osnovna ideja od koje se pošlo prilikom izmena Ustava Srbije iz 2006.godine jeste oslobođenje pravosuđa od uticaja zakonodavne i izvršne vlasti, odnosno upliva politike uopšte. Ta ideja samo parcijalno je sprovedena u ustavnim amandmanima. Već na prvom koraku pokazuju se nedoslednosti, odnosno nepostojanje jasne volje da se princip podele vlasti sprovede uz poštovanje nezavisnosti sudske vlasti. Na takav zaključak upućuje izmena jedne reči u članu 4, stav 3 Ustava, a prema kojoj se sada odnos između tri grane vlasti zasniva na međusobnom proveravanju i ravnoteži. Da je postojala namera da se afirmiše nezavisnost sudske vlasti odredba člana 4, stav 3 bila bi izbrisana, ili bi se formulacija o „međusobnom proveravanju i ravnoteži” mogla koristiti samo za uzajamne odnose zakonodavne i izvršne vlasti.

Umesto formulacije iz člana 149, stav 2 Ustava iz 2006.godine, prema kojoj je svaki uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije nedozvoljen, nakon usvajanja

ustavnih amandmana član 144, stav 2 Ustava propisuje da je zabranjen svaki neprimeren uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije. Na taj način se proširuje moguće polje uticaja na sudije u procesu ostvarivanja Ustavom i zakonom utvrđenih nadležnosti.

Umesto odredbe člana 143, stav 1 Ustava iz 2006.godine koja je predviđala da sudska vlast u Republici Srbiji pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti, sada imamo odredbu člana 142, stav 1 prema kojoj sudska vlast pripada sudovima koji su nezavisni, a vrsta sudova prema novom članu 143, stav 1 Ustava biće određena zakonom. I ovde ne vidimo postojanje razloga za to da se odredba o sudovima opšte i posebne nadležnosti iz Ustava premešta u zakon kojim se reguliše uređenje sudova. Sastav sudova će prema odredbi člana 143, stav 1 Ustava takođe biti uređen zakonom, s tim što se u Ustavu više ne nalazi pravilo o suđenju od strane veća i suđenju od strane sudije pojedinca kao izuzetku.

Stalnost sudijske funkcije učvršćena je eliminacijom probnog, trogodišnjeg mandata za sudije koje se prvi put biraju na sudijsku funkciju, a da domašaj ove odredbe u praksi nikada i nije bio ispitan. O nepremestivosti sudija sve važnije odredbe se sada nalaze u Ustavu, počev od razloga za premeštaj i upućivanje sudija bez njihove saglasnosti pa do garantovanja prava na pravni lek protiv odluke o premeštaju i upućivanju.

Zaštita nezavisnosti sudske vlasti poverena je Visokom savetu sudstva, iz kojeg je navodno eliminisan politički uticaj. Za razliku od sastava ovog organa prema Ustavu iz 2006.godine gde su pored šest sudija, jednog advokata i jednog profesora pravnog fakulteta bili zastupljeni i predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, sada je sastav nesudijskih članova značajno izmenjen. Ministar pravde i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine više nisu članovi Saveta, a umesto dva istaknuta pravnika iz redova profesure i advokature koji su morali imati 15 najmanje godina iskustva, sada imamo četiri istaknuta pravnika, bez bližih odrednica, a koji moraju imati najmanje 10 godina iskustva na poslovima pravne struke. Ustav je doduše prepustio zakonodavcu da propiše bliže uslove i postupak izbora istaknutih pravnika u Visoki savet sudstva. Ustavom je samo definisano da istaknuti pravници moraju imati najmanje 10 godina iskustva na poslovima pravne struke, da moraju biti dostojni i da ne smeju biti članovi političkih stranaka. Članove Visokog saveta sudstva iz redova istaknutih pravnika Narodna skupština bira većinom od dve trećine od ukupnog broja svih narodnih poslanika, dok sudije Ustavnog suda (koji takođe moraju biti istaknuti pravници sa najmanje 40 godina života i najmanje 15 godina iskustva u pravnoj struci), Narodna skupština bira običnom većinom od ukupnog broja svih narodnih poslanika.

Naročito je zanimljiva pozicija predsednika Vrhovnog suda u Visokom savetu sudstva. Predsednik najvišeg suda u Republici Srbiji i dalje je član ovog organa, ali više ne može biti njegov predsednik, dok je po još uvek važećem Zakonu o Visokom savetu sudstva, predsednik Vrhovnog kasacionog suda po položaju i predsednik Visokog saveta sudstva. To znači da predsednik Visokog saveta sudstva sada može biti i sudija nižestepenog suda, dok je predsednik Visokog saveta sudstva običan član ovog organa. Članove Saveta iz reda sudija biraće neposredno sudije, a ne Narodna skupština.

U Visokom savetu sudstva izvršena je kumulacija najznačajnih ovlašćenja koja se odnose na funkcionisanje sudske vlasti. To su u prvom redu izbor svih sudija, predsednika svih sudova i odlučivanje o prestanku njihovih funkcija. O svemu tome odlučuje organ sastavljen od 11 članova, pri čemu samo četiri člana iz reda istaknutih pravnika bira Narodna skupština, dok su svi ostali članovi Visokog saveta sudstva sudije. Ustavom nije određena većina koja je potrebna za donošenje odluka u Visokom savetu sudstva, ali je neophodno da to bude glas minimum sedam članova Saveta, kako bi se izbeglo da sve odluke budu donošene samo glasovima članova Saveta iz reda sudija.

Potpuno razvlašćivanje Narodne skupštine u vršenju izbornih prava, odnosno prenošenje tih prava na Visoki savet sudstva sastavljen od šest sudija, predsednika Vrhovnog suda i četiri istaknuta pravnika dovodi do novih problema u zakonitom i pravilnom funkcionisanju sudske vlasti. U nastojanju da se pravosuđe oslobodi upliva politike ustavotvorac očigledno nije imao u vidu druge opasnosti kao što je dominacija uskih i partikularnih interesa koje može nametnuti sudijska većina u Visokom savetu sudstva i zanemarivanje osnovnog zadatka sudova koji se u ustavnim amandmanima i ne pominje, a to ja zaštita sloboda i prava građana i pravnih subjekata, kao i zaštita ustavnosti i zakonitosti.

CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND PRINCIPLES OF JUDICIAL ORGANIZATION IN SERBIA

(Summary)

Constitutional reform in Serbia has been conducted in order to strengthen independent judiciary and independent judges. Although judicial independence has been proclaimed as main goal of constitutional changes, the relationship between judiciary and two other branches of powers hasn't been clearly defined. According to the amendments all judges shall perform their functions permanently. The category of judges elected for the first time to the limited three years mandate has been abolished.

The High Judicial Council has become central organ in judicial organization. It comprises six judges elected by their peers, four prominent lawyers elected by Serbian Parliament following public competition procedure and president of Supreme Court. The president of the Council shall be a judge, but not the president of Supreme Court. It means that a judge performing his/her function in a lower court may be the president of High Judicial Council and the president of Supreme Court shall be just a member of the Council.

All powers related to election and dismissal of president of Supreme Court and presidents of other courts, election and dismissal of all judges in Republic of Serbia has been transferred to High Judicial Council. Serbian Parliament has lost its powers in that regard. The fact that all these issues connected with proper organization and functioning of the courts shall be decided by High Judicial Council dominated by judges may lead to cronyism and to protection of particular interests within judiciary. Therefore, qualified majority for passing decisions within High Judicial Council has to be required by law.

Key words: Constitutional amendments, Principles of courts organization, Independence, High Judicial Council.

LITERATURA:

1. Ballon, Oskar J., *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren*, Leykam 2009.
2. Bodiroga, Nikola, „Sastav i nadležnosti Visokog saveta sudstva: srpsko pravo i evropski standardi“, *Zbornik radova Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga 11, Beograd 2021.
3. Bodiroga, Nikola, *Zakon o parničnom postupku*, Beograd 2020.
4. Bodiroga, Nikola, „O prestanku sudijske funkcije navršanjem radnog veća“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2020.
5. Bodiroga, Nikola, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019.
6. Keča, Ranko / Knežević, S. Marko, *Građansko procesno pravo: Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2016.
7. Leuenberger, Cristoph / Uffer–Tobler, Beatrice, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag AG Bern 2011.
8. Marković Ratko, *Ustavno pravo*, Beograd 2017.
9. Marković, Ratko, *Ustav Republike Srbije: Predgovor*, IP Justinijan, Beograd 2006.

10. Poznić, Borivoje / Rakić–Vodinić, Vesna, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015.
11. Popović, Dragoljub, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2012.
12. Stanković, Gordana / Boranijašević, Vladimir, *Građansko procesno pravo*, Niš 2020.
13. Stanković, Gordana / Mandić, Ljubica, *Organizaciono građansko procesno pravo*, Kosovska Mitrovica 2013.
14. Šarčević, Edin, *Ustav Savezne Republike Nemačke*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2019.

Д-р Милка Ракочевиќ, вонреден професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ПОСТАПКА ВО СПОРОВИ ОД МАЛА ВРЕДНОСТ

347.919.3:340.13(497.7)
изворна научна статија

Постапката во спорови од мала вредност е посебна парнична постапка уредена со Законот за парничната постапка. Конципирана како постапка на редуцирана когниција, оваа постапка претставува инструмент за сумарно правораздавање во спорови кои со оглед на своето (релативно) мало општествено, односно економско значење на предметот на спорот се сметаат за багателни спорови. Во трудот се анализираат одделни прашања кои го тангираат предметот на постапката во споровите од мала вредност, посебните процесни специфичности на оваа постапка, како и решенијата кои ги предвидува Предлогот на Законот за парнична постапка од 2021 година во однос на постапката во споровите од мала вредност.

Клучни зборови: парнична постапка, спор, мала вредност.

1. Вовед

Парничната постапка по дефиниција претставува основен, редовен и примарен метод на заштита на граѓанските субјективни права. Според својата структура, парничната постапка не се смета за единствен процесен феномен имајќи предвид дека во нејзините рамки се прави дистинкција помеѓу општа (редовна) парнична постапка и повеќе посебни парнични постапки. Односот помеѓу процесните правила со кои се регулираат општата парнична постапка и посебните парнични постапки е поставен според принципот *lex specialis derogat legi generali*. Понекогаш, општите процесни правила не се соодветен инструмент за давање правна заштита во определени спорови кои според своите специфичности и карактеристики значително отстапуваат од стандардните. Од тие причини, за споровите во кои примената на општите процесни правила не може во целост да ги задоволи сите форми на давање правна заштита, се креираат посебни процесни правила со цел парничната постапка да одговори на задачата да биде соодветен инструмент на правна заштита¹.

Странките не можат со своите диспозиции да влијаат на видот на процесните правила што ќе се применуваат во постапката за заштита на нивните права. Нормирањето систем на општи и посебни процесни правила се должи на потребата од оптимално остварување на заштитата на граѓанските субјективни права, од една страна, и на јавниот интерес, од друга страна. Од тие

¹ Во таа смисла, В. Čaliја, S. Omanović, *Građansko procesno pravo*, Sarajevo 2000, str. 303.

причини, во една конкретна парнична постапка, по правило, ќе се применуваат оние процесни правила кои се исклучиво наменети за решавање на определен вид спорови².

Причините за нормирање на посебните парнични постапки се разновидни. Посебните правила на постапката вообичаено се условени од општествното значење на спорот, видот на материјалноправниот однос кој се јавува како предмет на спорот, потребата давање брза и ефикасна правна заштита во поедноставена процедура итн³. Имајќи предвид дека посебните процесни правила не се конципирани како посебен процесен систем за решавање определен вид спорови, односно тие го имаат карактерот на нецелосни постапки, општите правила на постапката во овој случај се применуваат како супсидијарен извор на правото.

Предмет на интерес на овој труд е една од посебните парнични постапки нормирани со Законот за парничната постапка⁴ – постапката во спорови од мала вредност⁵ која во однос на редовната парнична постапка се разликува исклучиво во елементот *ratione valoris*. Тоа значи дека кај овој вид спорови не постои одредена типичност на предметот која би го условила неговото издвојување во посебна постапка имајќи предвид дека спорот од мала вредност нема исклучиво за себе својствен предмет согласно со критериумот *ratione materiae* – единствен критериум за разграничување на овој вид спорови е вредноста на предметот на спорот. Кај овие спорови, причината за издвојување во посебна постапка се гледа првенствено во (релативно) малото општествено, односно економско значење на предметот⁶. Со оглед на малата (багателна) вредност на предметот на спорот, постапката во споровите од мала вредност е замислена како инструмент кој би требало да ја забрза постапката и да го олесни нејзиното водење секогаш кога станува збор за решавање таков вид спорови, а притоа правата на странките во постапката да бидат заштитени на подеднаков начин како и во редовната парнична постапка⁷.

Правилата со кои се уредува постапката во споровите од мала вредност претставуваат одреден компромис помеѓу радикалната примена на принципот *de minimis non curat praetor* и потребата на странките да им се обезбедат про-

² S. Triva, M. Dika, *Граѓанско парнично процесно право*, Zagreb 2004, str. 756.

³ Потребата од посебни правила на постапката понекогаш е условена од барањето за итно давање правна заштита; понекогаш во прашање е потребата од рационално редуцирање на процесните стадиуми на постапката; понекогаш, потребата од ограничена правна заштита го условува редуцирањето на расправната тема; во некои случаи, специфичната природа на самите субјекти ја условува потребата од посебен третман при решавање на нивните спорови итн. Види повеќе кај S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, (фуснота 2), str. 755, J. Čizmić, *Postupak u sporovima male vrijednosti u svjetlu odredaba novele ZPP 2019*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 41, br. 1, 2020, str. 243-244.

⁴ „Сл. весник на РМ“, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015, во понатамошниот текст скратено ЗПП.

⁵ Покрај постапката во спорови од мала вредност, како посебни парнични постапки ЗПП ги уредува: постапката во спорови од работните односи, постапката во споровите поради смеќавање на владение, постапката по платен налог и постапката во стопанските спорови.

⁶ М. Салма, *Поспљујак у споровима мале вредности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2010, стр. 121-122.

⁷ I. Benzon, M. Vujeva, *Postupak u sporovima male vrijednosti, analiza procesnih instituta u teoriji i praksi nakon Novele Zakona o parničnom postupku iz 2013 godine*, *Pravnik* 48, 1 (98), 2015, str. 23.

цесни гаранции за законита заштита на правата. Во таа смисла, дозволено е водење постапка и за спорови кои имаат мала вредност, но по правила кои го редуцираат квалитетот на можната правна заштита имајќи предвид дека некои од гаранциите за квалитетно водење на постапката се елиминираат, а некои се сведуваат на поднослив минимум⁸.

Историската ретроспектива покажува дека во нашиот процесен систем постои континуитет во уредувањето посебна постапка во спорови од мала вредност почнувајќи од 1972 година. Конкретно, оваа постапка беше уредена во системот на парничната процедура според Законот за судска постапка во граѓанските парници од 1929 година и тоа како постапка на редуцирана когниција⁹. По втората светска војна и особено крупните промени што се случија во правниот систем, а тргнувајќи од тоа дека во новото социјалистичко уредување немаше место за разликување на мали и големи вредности, туку дека секој спор заслужува подеднаков третман во постапката во која се обезбедува заштита на правата, постапката во споровите од мала вредност немаше свое оправдување и се сметаше за спротивна на начелата на новото општествено уредување¹⁰. Меѓутоа, имајќи ги предвид придобивките на постоење на една сумарна и поедноставена постапка, која треба да обезбеди брзо, рационално и ефикасно решавање на споровите кои имаат релативно мало економско значење, постапката во споровите од мала вредност повторно е воведена во југословенскиот правен систем со четвртата новела на Законот за парничната постапка од 1956 година од 25 април 1972 година¹¹.

2. Поимно определување на спорот од мала вредност

Законот за парничната постапка не дава експлицитна дефиниција што се смета за спор од мала вредност. Поимното определување на овој вид спорови е направено со користење позитивен и негативен критериум.

Според позитивниот критериум, ЗПП прави дистинкција помеѓу три вида спорови кои ги подведува под поимот спор од мала вредност: 1. спорови во кои тужбеното барање се однесува на побарување во пари кое не го надминува износот од 600.000 денари; 2. спорови во кои тужбеното барање не се однесува на побарување во пари, а тужителот во тужбата навел дека се согласува наместо исполнување на определено барање, да прими определен паричен износ кој не го преминува износот од 600.000 денари; и 3. спорови во кои предмет на тужбеното барање не е паричен износ, туку предавање подвижен предмет чија вредност што ја навел тужителот во тужбата не го надминува износот од 600.000 денари¹². Според ЗПП, за спор од мала вредност станува збор и кога е во прашање стопански спор, во случај кога е истакнато некое од горенаведени-

⁸ S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, (фуснота 2), str. 818-819.

⁹ *Ibid*, str. 818.

¹⁰ Повеќе кај М. Кнежевиќ, *О жалби против пресуде у правосудју у спору мале вредности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/12, стр. 387.

¹¹ S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, (фуснота 2), str. 818, B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976 sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009, str. 1069.

¹² Arg. ex. член 430 од ЗПП.

те кондемпнаторни тужбени барања, а вредноста на предметот на спорот не го надминува износот од 600.000 денари¹³.

Според наведените законски критериуми, може да се забележи дека споровите од мала вредност се спорови каде што се истакнати кондемпнаторни тужбени барања, од определен вид и вредност на предметот на спорот¹⁴. Станува збор исклучиво за спорови по тужба за осуда имајќи предвид дека ЗПП, при поимното определување на овој вид спорови, не зборува општо за спорови или за имотноправни спорови кои не го надминуваат законски поставениот вредносен максимум, туку зборува за спорови за осуда на паричен износ, спорови за непарично побарување со алтернативно овластување на тужениот¹⁵ и спорови за осуда на предавање на подвижна ствар. Имајќи го предвид ова, произлегува дека тужбените барања од деклараторна и конститутивна природа не се опфатени со поимот спор од мала вредност¹⁶. Во однос на последново, односно неможноста да се истакнуваат деклараторни и конститутивни тужбени барања, произлегува дека во постапките за овој вид спорови не може да дојде до истакнување на инцидетално барање за утврдување¹⁷, односно од вака поставеното ограничување произлегува дека барањето за осуда не може да биде споено со барање за утврдување и во случај кога и двете потекнуваат од ист основ¹⁸.

Според негативниот критериум, во смисла на одредбите од ЗПП, не се сметаат како спорови од мала вредност споровите за недвижности¹⁹, споровите од работни односи од статусен карактер²⁰ и споровите поради смеќа-

¹³ Види член 473 од ЗПП.

¹⁴ M. Dika, *Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, br. 1, 2009, str. 3.

¹⁵ Во конкретниот случај станува збор за процесната *facultas alternativa solutionis*, кога тужителот истакнал барање кое не се однесува на паричен износ, а во својата тужба навел дека се согласува наместо исполнувањето, да прими определен паричен износ. Во ваква ситуација, се создава алтернативно овластување на тужениот да исполни друго факултативно чинење (примање на определен паричен износ) наместо изворно долгуваното (исполнување на определено барање). Повеќе кај А. Јаневски, Т. Зороска-Камиловска, *Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право*, Скопје 2012, стр. 387. За институтот *facultas alternativa* види член 313 од ЗПП.

¹⁶ Повеќе кај В. Poznić, *op. cit.*, (фуснота 11), str. 1071-1072.

¹⁷ Види чл. 177 ст. 3 од ЗПП.

¹⁸ В. Poznić, *op. cit.*, (фуснота 11), str. 1071.

¹⁹ Како спорови за недвижности кои според негативната енумерација не се сметаат за спорови од мала вредност се спорови во кои е истакнато кондемпнаторно тужбено барање каде што посреден предмет на спорот е недвижноста. Тоа можат да бидат спорови од стварноправен и облигационоправен карактер кои ја тангираат недвижноста (на пример, спорови за сопственост, за стварни и лични службености, спорови за предавање на недвижност, спорови кои произлегуваат од наемен или закупен однос). Споровите кои се однесуваат, на пример, на цената, закупнината или наемнината не спаѓаат во овој вид спорови, па со оглед на тоа ако предметот на кондемпнаторното барање се состои само во парично побарување кое не ја надминува вредноста од 600.000 денари, тогаш постапката по таа тужба ќе се води според правилата на постапката за спорови во мала вредност. Така, В. Poznić, *op. cit.*, (фуснота 11), str. 1073 и М. Dika, *op. cit.*, (фуснота 13), str. 6.

²⁰ Како што може да се забележи од посочената одредба, законското ограничување во однос на споровите од работни спорови е поставено само во однос на работните спорови од статусен карактер, што значи дека доколку се поднесе тужба за исплата на плата или друго парично побарување што произлегува од работен однос, постапката ќе се води според правилата за спорови од мала вредност, секако доколку вредноста на побарувањето не го надминува износот од 600.000 денари.

вање на владение²¹. Покрај овие спорови и споровите за издршка, согласно со Законот за семејство не се сметаат за спорови од мала вредност²². Може да се забележи дека во детерминирањето на видот на спорови кои во ниту еден случај не можат да се третираат како спорови од мала вредност се користи материјалноправниот односно каузалниот критериум. Кај овие спорови, иако понекогаш тие можат да се сметаат за спорови од мала вредност според некој од позитивните критериуми, сепак, законодавецот одлучил кај овие спорови, со оглед на значењето на имотните права за кои се одлучува, да биде исклучена примената на посебните процесни правила за спорови од мала вредност.

Според ЗПП, постапката во споровите од мала вредност ќе се спроведува и по повод приговор против судскиот платен налог ако вредноста на оспорениот дел на судскиот платен налог не го надминува износот од 600.000 денари²³.

2.1. Вредност на предметот на спорот

Како што беше и претходно наведено, поставувањето определен вредносен максимум како гранична линија, односно елементот *ratione valoris* е главен критериум во детерминирањето на споровите од мала вредност. Со оглед на социокономските состојби во едно општество, се чини дека прашањето за изнаоѓање оптимален вредносен цензус за дефинирање на споровите од мала вредност е секогаш актуелно. Постапката во споровите од мала вредност е су-

²¹ Чл. 431 од ЗПП.

²² *Arg. ex.* член 276 од Законот за семејство („Сл. весник на РМ“ бр. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15, 150/15 и 53/2021).

²³ Член 432 од ЗПП. Во врска со оваа одредба од ЗПП, би сакале да укажеме на релативно крупен пропуст на законодавецот при носењето на Новелата на ЗПП од 2015 година, кога се внесоа новини кај постапката за издавање на платен налог, со нормирање различен процесен режим на постапување по приговор против судски платен налог, од една страна, и нотарски платен налог, од друга страна. Имено, одредбата за примена на правилата на постапката во спорови од мала вредност во случај на поднесен приговор против издадениот платен налог ако вредноста на оспорениот дел на платниот налог не го надминува законски поставениот лимит од 600.000 денари според ЗИДЗПП 2015 се однесува само на судскиот платен налог. *A contrario*, тоа значи дека при поднесување приговор против нотарски платен налог, доколку вредноста на оспорениот дел на нотарскиот платен налог е помала од 600.000 денари, постапката по приговор ќе се води според правилата на општата парнична постапка. Ваквото неосновано делење на постапките сметаме дека не е в ред имајќи предвид дека причините поради кои е нормирана постапка за издавање платен налог (судски или нотарски) и, секако, општите и посебните претпоставки за издавање на платниот налог се идентични и во едниот и во другиот случај. Имено, станува збор за скратена, редуцирана постапка во која се остварува заштита на пристигнати парични побарувања за кои постојат квалификувани писмени докази кои со оглед на своето потекло и содржина залужуваат посебна доверба. Се работи за постапка на редуцирана когниција, која е сумарна и неконтрадикторна и со која се дава можност за определување на т.н. условна кондеминација. Имајќи го предвид ова, сметаме дека е недопустливо, за истоветни правни работи, режимот на постапување да биде различен, особено што правилата на општата парнична постапка нудат далеку повеќе процесни гаранции за странките отколку посебните правила во постапката во спорови од мала вредност. Во таа смисла, би се сметало за неиздржано по приговор против нотарски платен налог за побарување, на пример, од 10.000 денари, да се постапува според правилата на општата парнична постапка, а по приговор против судски платен налог за побарување, на пример, од 500.000 денари да се постапува според правилата на постапката во спорови од мала вредност. Ваквиот пропуст би требало да се отстрани при идна законодавна интервенција на ЗПП.

марна постапка, во која, со оглед на малата економска вредност на предметот на спорот, треба особено да дојде до израз начелото на сразмерност, што подразбира водење економична и брза постапка, со трошење помалку ресурси и време како за судот, така и за странките, а притоа да не биде доведен во прашање квалитетот на дадената правна заштита. Имајќи го предвид ова, во континуитет треба да се анализираат сите аспекти кои на посреден или на непосреден начин влијаат на формирањето на висината на вредносниот критериум и доколку се јави потребата од тоа, тој да биде коригиран во насока на негово зголемување или намалување.

Во повеќе наврати, ЗПП претрпе измени во однос на поставената вредносна граница за определување на споровите од мала вредност со цел таа повеќекратно да се зголеми. Според изворниот текст на ЗПП од 2005 година, вредносниот цензус беше поставен на 60.000 денари²⁴, за потоа, со ЗИДЗПП од 2008 година, тој да биде трикратно зголемен на 180.000 денари. Најкрупната интервенција во однос на вредносниот лимит се направи со ЗИДЗПП од 2015 година, кога тој се зголеми на 600.000 денари²⁵.

Како што може да се забележи, елементот *ratione valoris* со последната легислативна интервенција е енормно зголемен. Во таа насока, имајќи ги предвид специфичностите на постапката во споровите од мала вредност во однос на режимот на општата парнична постапка, основано се поставува прашањето дали вредносниот цензус од 600.000 денари е превисоко поставен, особено од аспект на процесните гаранции што ги имаат странките во овој вид постапка. Постапката во споровите од мала вредност тежи кон обезбедување побрзо и поекономично постапување, при што во овој вид постапка речиси секогаш се предвидени отстапувања од оние класични начела кои важат во општата парнична постапка²⁶. И токму поради тоа, постапката во споровите од мала вредност е нормирана како посебна парнична постапка со цел да се обезбеди поголема ефикасност во постапувањето со оглед на релативно малата вредност, односно малото значење на предметот на спорот. Во таа смисла, дискутабилна е оправданоста на воведување нов, повеќекратно зголемен вредносен лимит за споровите од мала вредност, особено ако ги имаме предвид импликациите што ќе ги предизвика ваквото решение во однос на заштитата на субјективните права во рамките на овој вид постапка, особено што и со постојното законско решение нашето парнично законодавство се вбројува меѓу оние каде што е поставен прилично висок вредносен лимит како критериум во однос на тоа што ќе се смета како спор од мала вредност²⁷.

Од друга страна, со оглед на животниот стандард и економската состојба во нашата држава, се поставува и прашањето дали воопшто како спор од мала

²⁴ До донесувањето на ЗПП во 2005 година, како спорови од мала вредност, во смисла на одредбите од ЗПП 1998 година се сметаа споровите во кои вредноста на предметот на спорот не го надминува износот од 30.000 денари.

²⁵ Види член 43 од ЗИДЗПП од 2015 година.

²⁶ За процесните специфичности на постапката во споровите од мала вредност, види подолу под 3.

²⁷ Повеќе кај А. Јаневски, Т. Зороска-Камиловска, М. Ракочевик, *Најновиите измени во парничното законодавство на Република Македонија според Новелата на Законот за парничната постапка од 2015 година, Деловно право, Издание за теорија и практика на правото*, година XVI, број 33, Скопје, 2015, стр. 71-74.

вредност односно багателен спор може да се третира спор во кој вредноста на побарувањето достигнува 600.000 денари? Имено, во многу поразвиени земји на Европската Унија како спорови од мала вредност се сметаат спорови до 2.000 евра²⁸. Ако се анализира законодавството на Европската Унија, како спорови од мала вредност се третираат спорови во кои вредноста не го надминува износот од 5.000 евра.²⁹ Во земјите од регионот, највисокиот вредносен лимит за спор од мала вредност изнесува 3.000 евра³⁰. Понатаму, според решението предвидено со ЗИД ЗПП од 2015 година, вредносниот лимит како базичен елемент според кој се врши дистинкција што се смета за спор од мала вредност, и кај постапката во спорови од мала вредност и кај постапката во стопанските спорови, е ист. И во двете постапки како спор од мала вредност се смета оној каде што вредноста не надминува 600.000 денари. И тука, повторно се соочуваме со едно несоодветно решение на законодавецот поради тоа што во ниту еден случај не може да се смета како исправно решението ист вредносен цензус да се применува за обичен спор од мала вредност и за стопански спор од мала вредност.

Имајќи предвид дека од поставената вредносна граница зависи дали постапката во еден конкретен предмет ќе се води според правилата на општата парнична постапка или според правилата на постапката во спорови од мала вредност, како битно се поставува и прашањето за начинот како се определува вредноста на предметот на спорот. Во таа насока, поставената вредносна граница се однесува исклучиво на главното барање. Каматите, парничните трошоци, договорната кана и другите споредни барања не се земаат предвид, ако не го сочинуваат главното барање³¹.

Во случај на кумулација на тужбени барања, ако во една тужба се истакнати повеќе барања кои произлегуваат од иста фактичка и правна основа, вредноста на предметот на спорот се определува според збирот на вредноста на сите барања, а доколку барањата во тужбата произлегуваат од разни основи или се истакнати против повеќе тужени, вредноста на предметот на спорот се определува според вредноста на секое одделно барање³². Можноста за кумулирање на тужбено барање од мала вредност и тужбено барање кое според законските критериуми не се смета за барање од мала вредност ќе се цени според општите правила што ги нормираат претпоставките за објективна кумулација на тужбени барања. Во таа смисла, кумулацијата на тужбени барања би била дозволена доколку сите барања се поврзани со ист фактички и правен основ.

²⁸ Таков е примерот со Словенија, каде што како спор од мала вредност се смета спор во кој вредноста не го надминува износот од 2.000 евра, односно 4.000 евра во стопански спорови. Во Хрватска, во постапката во спорови од мала вредност вредносниот лимит изнесува 10.000 куни (приближно 1.300 евра), а како стопански спор од мала вредност се смета спор во кој вредноста не надминува износ од 50.000 куни (приближно 6.600 евра).

²⁹ Види член 2 од Регулацијата на Европскиот парламент и Советот на Европската Унија за уредување на европска постапка за спорови од мала вредност (Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure (OJ 2007 L 199)). За европската постапка во спорови од мала вредност, подетално под 4.

³⁰ Во парничното законодавство на Србија, како спорови од мала вредност се сметаат оние чија вредност не надминува 3.000 евра, а стопански спор од мала вредност е спор до 30.000 евра. Во Црна Гора, вредносниот цензус изнесува 1.000 евра односно 7.000 евра во стопанските спорови.

³¹ *Arg. ex.* член 28 од ЗПП.

³² *Arg. ex.* член 30 од ЗПП.

Доколку барањата не се поврзани со ист фактички и правен основ, кумулацијата би била дозволена само доколку ист суд е стварно надлежен да постапува за секое барање и доколку за сите барања е определен ист вид постапка³³. Доколку овие претпоставки не бидат исполнети, судот нема да ја отфрли тужбата како недозволена, туку ќе ги раздвои постапките.

Доколку тужителот во текот на постапката објективно ја преиначи тужбата така што ќе го зголеми тужбеното барање при што вредноста на предметот на спорот го надмине износот од 600.000 денари, постапката ќе се доврши според правилата на општата парнична постапка. Од друга страна, доколку тужителот до заклучување на главната расправа што се води според правилата на општата парнична постапка го намали тужбеното барање така што вредноста на предметот на спорот е помала од 600.000 денари, натамошната постапка ќе се спроведе според правилата за постапката во спорови од мала вредност³⁴.

3. Процесни специфичности на постапката во спорите од мала вредност

Во посебна глава од процесниот закон, глава дваесет и деветта од ЗПП, во неколку члена се пропишани процесните специфичности карактеристични за постапката во спорите од мала вредност, според кои оваа постапка во одредени сегменти отстапува од вообичаениот процесен режим на парничната постапка. Ваквите отстапувања се предвидени заради обезбедување ефикасна правна заштита, преку рационализирање и упростување на расправањето и одлучувањето во предмети кои според законодавецот имаат релативно мала вредност и значење. Процесните специфичности доаѓаат до израз како во постапката од прв степен, така и во постапката по правни лекови. Во постапката во спорови од мала вредност доаѓа до супсидијарна примена на одредбите што ја уредуваат општата парнична постапка во недостиг на посебни одредби за постапување во спорите од мала вредност³⁵. Во продолжение, ќе бидат анализирани одделните специфичности на овој вид постапка.

Рок за плаќање судска такса. Како и кај општата парнична постапка, така и во постапката во спорите од мала вредност судот нема да постапува по тужба, ниту да преземе друго дејствие за кое не е платена судска такса. Сепак, во оваа постапка рокот во кој треба да се плати судската такса е многу пократок од оној предвиден за општата парнична постапка. Во таа насока, доколку тужителот не ја плати судската такса во рок од осум дена од денот на поднесувањето на тужбата, тужбата се смета за повлечена³⁶.

Подготвително рочиште. Во постапката во спорите од мала вредност, од стадиумот на подготвување на главна расправа е исклучена фазата на одржување подготвително рочиште. Според ЗПП, во оваа постапка не се применуваат одредбите за подготвително рочиште³⁷. По претходното испитување на

³³ *Arg. ex.* член 178 став 1 од ЗПП.

³⁴ *Arg. ex.* член 435 од ЗПП.

³⁵ *Arg. ex.* член 429 од ЗПП.

³⁶ Член 429-а од ЗПП. Овој рок во општата парнична постапка изнесува 15 дена. Види член 146 стев 3 од ЗПП.

³⁷ Член 436 став 1 од ЗПП.

тужбата, доколку се исполнети сите процесни претпоставки за понатамошно постапување, тужбата се доставува на тужениот на одговор според општите правила на парничната постапка. По приемот на одговорот на тужба, судот веднаш закажува рочиште за главна расправа.

Изнесување (нови) факти и докази. Во постапката во спорите од мала вредност е предвиден построг процесен режим во однос на изнесување (нови) факти и докази во текот на првостепената постапка. Во оваа постапка, ЗПП експлицитно предвидува дека странките се должни да ги изнесат сите факти и докази на првото рочиште за главна расправа³⁸. Ваквата одредба ја исклучува примената на правилото на општата парнична постапка, според кое странките можат да изнесуваат нови факти и да предлагаат нови докази, како и да упатуваат поднесоци во кои ќе наведат нови факти и нови докази на првото или на кое било од наредните рочишта на главната расправа, само ако сторат веројатно дека без своја вина не биле во можност да ги изнесат, односно да ги предложат во дотогашниот тек на постапката³⁹. Тоа значи дека во оваа постапка е исклучена можноста судот да дозволува изнесување нови факти и докази во постапката користејќи го субјективниот елемент на процена за постоење или непостоење вина кај странката која пропуштила нив да ги изнесе во пораншниот тек на постапката. Странките се преклудирани во таквата можност и тие можат да го изнесуваат процесниот материјал најдоцна на првото рочиште за главна расправа. Ваквото решение оди во прилог на концентрација во собирањето на процесниот материјал и општата експедитивност и ефикасност на првостепената постапка⁴⁰. Поради суштинското значење на ова ограничување, судот е должен во поканата за главна расправа да ги предупреди странките на ваквата должност⁴¹.

Последици од недоаѓање на рочиште. Во редовната парнична постапка, пропуштањето на странките да дојдат на рочиште е санкционирано на таков начин што ЗПП предвидува различни последици за тужителот и за тужениот поради нивната пасивност. Во таа смисла, ако на подготвително рочиште или на прво рочиште за главна расправа, како и на некое подоцнежено рочиште не дојде тужителот кој е уредно поканет, а изостанокот не го оправда, тужбата се смета за повлечена ако со тоа се согласил тужениот, а ако тужениот не е присутен, тужбата ќе се смета за повлечена ако во рок од осум дена по приемот на известувањето за повлекувањето не се изјаснил дека се противи на тоа. Ако на подготвително рочиште или на прво рочиште за главна расправа не дојде тужениот кој е уредно поканет и не го оправда својот изостанок, а не постојат услови за донесување пресуда поради изостанок, како и кога на некое подоцнежено рочиште ќе изостане тужениот, ќе се одржи расправата. Ако на подготвително рочиште или рочиште за главна расправа не дојде која било од странките, а изостанокот го оправда, ќе се одложи рочиштето⁴². Во постапката во спорови од мала вредност, законодавецот нормирал построга санкција за тужителот поради неговата пасивност во таа смисла што предвидел дека не-

³⁸ Член 436 ст. 2 од ЗПП.

³⁹ Види член 284 од ЗПП.

⁴⁰ Така, М. Дика, *op. cit.*, (фуснота 14), стр. 10.

⁴¹ Член 436 став 4 од ЗПП.

⁴² Член 277 в.в. со член 280 од ЗПП.

говото недоѓање на кое било рочиште за главна расправа секогаш повлекува за последица фикција дека неговата тужба ќе се смета за повлечена, без оглед на држењето на тужениот⁴³. Тоа значи дека пасивноста на тужителот создава фикција за повлекување на тужбата *ex lege*, без притоа да се чека изјаснување на тужениот дали тој се согласува со тоа за да настапи правната последица на повлекување тужба како што е тоа случајот во редовната парнична постапка. Ваквото толкување произлегува од одредбата којашто ја нормира содржината на поканата за главна расправа во постапката во споровите од мала вредност, каде што е предвидено дека, покрај другото, во поканата ќе се наведе дека ќе се смета дека тужителот ја повлекол тужбата ако не дојде на кое било рочиште за главна расправа⁴⁴.

Решавање на спорот во постапка за медијација. Во системот на парничната постапка, со Новелата на ЗПП од 2010 година се создадоа нормативни претпоставки за афирмирање на начелото на мирно решавање на споровите, преку институционализирање на постапката на медијација во текот на парничната постапка, така што се предвиде обврска за судот, во споровите во кои е дозволена медијацијата, во стадиумот на подготвување на главната расправа на странките писмено да им укаже дека спорот може да се реши во постапка на медијација⁴⁵. Вакви одредби се воведоа и во постапката во спорови од мала вредност. Во таа смисла, според позитивното законско решение, во постапката во спорови од мала вредност, судот е должен во споровите во кои е дозволена медијација заедно со поканата за рочиште за главна расправа на странките да им достави и писмено укажување дека спорот може да се реши во постапка за медијација, а странките се должни на првото рочиште за главна расправа да се изјаснат дали се согласни спорот да се реши во постапка за медијација⁴⁶.

Регистрирање парнични дејствија. Во постапката во спорови од мала вредност важат посебни правила во однос на редактирањето на записникот за главна расправа. Смеслата на таквите одредби е неговата содржина, во споредба со записникот за главна расправа во редовната парнична постапка, да биде редуцирана и тој да биде подготвен поконцизно така што ќе го содржи само она што е најнужно, а сето тоа заради остварување на начелото на економичност во постапувањето⁴⁷. Во таа насока, ЗПП предвидува дека записникот за главна расправа во постапката во споровите од мала вредност, покрај основните податоци што треба да ги содржи секој записник⁴⁸, како што се: називот и составот на судот, местото, денот и часот на вршење на дејствието, назначувањето на предметот на спорот и имињата на присутните странки, трети лица и нивните законски застапници и полномошници, ги содржи: 1) изјавите на странките

⁴³ *Arg. ex.* член 436 став 4 од ЗПП.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Во согласност со законските решенија воведени во 2010 година, во редовната парнична постапка, во споровите во кои е дозволена медијација, судот е должен заедно со поканата за подготвителното рочиште да достави до странките писмено укажување дека спорот може да се реши во постапка на медијација. Види член 59 од ЗИДЗПП 2010 година.

⁴⁶ Член 436 став 2 и 3 од ЗПП.

⁴⁷ Така S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, (фуснота 2), стр. 820 и J. Čizmić, *op. cit.*, (фуснота 3), стр. 252-253.

⁴⁸ Член 116 став 1 од ЗПП.

од суштествено значење⁴⁹, а особено оние со кои, во целост или делумно, се признава тужбеното барање или се одрекува од тужбеното барање, или од жалбата, или се преиначува или повлекува тужбата; 2) суштествената содржина на изведените докази; 3) одлуките против кои е дозволена жалба и кои се објавени на главната расправа; и 4) дали странките биле присутни на објавувањето на пресудата, и ако биле присутни дека се поучени под кои услови можат да изјават жалба⁵⁰.

Рокови. Во постапката во спорови од мала вредност, во однос на одделни процесни дејствија и доброволното исполнување на обврската, важат пократки рокови од оние својствени за редовната парнична постапка. Така, рокот за жалба, партициониот рок и рокот за поднесување предлог за донесување дополнителна пресуда изнесуваат осум дена⁵¹.

Објавување пресуда. Во поглед на донесување мериторна одлука во постапката во спорови од мала вредност, единствената специфичност во однос на редовната парнична постапка се однесува на објавувањето на пресудата. Така, според ЗПП, пресудата во постапката во споровите од мала вредност се објавува веднаш по заклучувањето на главната расправа⁵². Иако, невешто редактирана, смислата на оваа одредба е дека пресудата во секој спор од мала вредност се изрекува веднаш по заклучувањето на главната расправа, што значи дека нејзиното донесување не може да биде одложено, како што го предвидуваат тоа правилата на редовната парнична постапка кога се работи за посложени предмети⁵³. Во таа смисла, со ваквата одредба е исклучена можноста за одлагање на донесување на пресудата поради сложеност на предметот, што упатува на заклучокот дека споровите од мала вредност не се сметаат за (по)сложени предмети.

Правни лекови. Имајќи ги предвид посебните законски правила што ги уредуваат отстапувањата од редовната парнична постапка кај постапката во спорови од мала вредност, до донесувањето на Новелата на ЗПП од 2015 година токму најспецифичното отстапување беше во доменот на правните лекови, поконкретно во правилата за изјавување на жалбата како редовен правен лек. Карактеристично за постапката во споровите од мала вредност беше редуцираноста на причините поради кои може да се изјави жалба. Во таа смисла, во споровите од мала вредност, жалба можеше да се изјави само поради суштествени повреди на одредбите на парничната постапка од апсолутна природа и поради погрешна примена на материјалното право. Според член 438 од ЗПП 2005 година, „пресудата или решението со кое се завршува спорот во постапката во споровите од мала вредност може да се побива само поради суштествена повреда

⁴⁹ Како пример за други изјави од суштествено значење, покрај наведените, би можеле да се сметаат: давање овластување за застапување, барање за изземање на судија, противтужба, барање за обезбедување парнични трошоци, приговор за ненадлежност, приговор за двократна литиспенденција, постоене судско порамнување или *res iudicata*. Види, В. Poznić, *op. cit.*, (фуснота 11), стр. 1075 и М. Dika, *op. cit.*, (фуснота 14), стр. 17.

⁵⁰ Член 434 од ЗПП.

⁵¹ Член 438 став 3 од ЗПП.

⁵² Член 437 од ЗПП.

⁵³ Во редовната парнична постапка, во посложените предмети судот може да го одложи донесувањето на пресудата за осум дена од денот на заклучувањето на главната расправа, рок во кој судот е должен да одржи и рочиште на кое ќе ја објави пресудата. Види член 324 став 4 од ЗПП.

на одредбите на парничната постапка од член 343 став 2 од овој закон и поради погрешна примена на материјалното право. Од ваквата одредба произлегуваше дека одлуката со која се завршува постапката во спор од мала вредност не може да се побива со жалба поради релативно суштествена повреда на одредбите на парничната постапка ниту поради погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба. Неможноста одлуката да се побива поради погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба со себе повлекуваше последица на неможност второстепениот суд да ја укине пресудата и предметот да го врати на првостепениот суд на повторно судење ако смета дека заради правилно утврдување на фактичката состојба треба да се одржи нова главна расправа пред првостепениот суд, освен ако одлучил сам да одржи расправа. Ваквото ограничување сè уште е изречно предвидено со одредбите на ЗПП⁵⁴. Токму ограничувањата во однос на жалбата ја рационализираат оваа постапка, односно влијаат на нејзиното времетраење и на трошоците на постапката, имајќи предвид дека таквите ограничувања оневозможуваат враќање на предметот на повторно одлучување, што влијае на брзината во постапувањето. Од друга страна, редуцираноста на причините за изјавување жалба против пресуда во постапката во спорови од мала вредност упатува и на тоа дека првостепениот судија е тој којшто дефинитивно одлучува за фактичката подлога на спорот, односно тој се смета за конечен судија за фактите⁵⁵. Со Новелата на ЗПП од 2015 година, како крупна новина во постапката во споровите од мала вредност се вовеле нова причина поради која може да се обжали првостепената одлука донесена во постапка во спорови од мала вредност. Така, со член 46 од ЗИД ЗПП од 2015 година се предвиде дека причина за изјавување жалба е и погрешно или нецелосно утврдена фактичка состојба. Со ваквото решение, практично, најкарактеристичната специфичност на оваа постапка повеќе не се вбројува во оние отстапувања според кои постапката во споровите од мала вредност се разликува од редовната парнична постапка, па со право се поставува прашањето во што, всушност, сега се состои разликата во постапувањето кај споровите од мала вредност наспроти постапката којашто се води според правилата на општата парнична постапка. Иако причините за ваквата законодавна интервенција не беа образложени, се претпоставува дека оваа новина уследи како резултат на повеќекратното зголемување на вредносниот лимит за определување спор од мала вредност од 180.000 денари на 600.000 денари. Од друга страна, пак, иако се предвиде можноста и фактичката основа на пресудата да биде причина за нејзино побивање, законодавецот го задржа решението според кое во оваа постапка второстепениот суд нема овластување да ја укине првостепената пресуда и предметот да го врати

⁵⁴ Види член 438 став 2 од ЗПП кој предвидува дека во постапката по повод жалба во споровите од мала вредност не се применуваат одредбите на член 358 од овој закон. Во однос на оваа одредба, би сакале да укажеме на грешката која е направена во повикувањето на членот. Имено, повикувањето треба да се однесува на член 359 од ЗПП кој ја уредува неможноста да се укине првостепената пресуда поради погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба имајќи предвид дека член 358 од ЗПП го уредува прашањето на укинување на првостепената пресуда поради суштествени повреди на одредбите на парничната постапка. Очигледно е дека се работи за пропуст во редактирањето на законскиот текст.

⁵⁵ Така, S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, (фуснота 2), стр. 822, M. Кнежевиќ, *О жалби против пресуде у йосийуку у спору мале вредности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2012, стр. 389.

на повторно одлучување на првостепениот суд. Тука се поставува прашањето како ќе постапи второстепениот суд доколку пресудата се побива поради погрешно или нецелосно утврдена фактичка состојба, а судот утврди дека таа е неправилна во поглед на *praemissa minor*. Имајќи го предвид ограничувањето во однос на можноста да дојде до укинување на пресудата, второстепениот суд, во таков случај, ќе закаже расправа и доколку врз основа на расправата утврди поинаква фактичка состојба од онаа што е утврдена во првостепената пресуда, неа ќе ја преиначи, а во спротивно ќе ја одбие жалбата како неоснована⁵⁶.

Следна специфичност во поглед на жалбата како редовен правен лек е правилото кое предвидува дека во постапката во споровите од мала вредност посебна жалба е дозволена само против решението со кое се завршува постапката⁵⁷. Другите решенија против кои според ЗПП е дозволена жалба можат да се побиваат само со жалба против одлуката со која се завршува постапката. Ваквите решенија не се доставуваат до странките, туку се објавуваат на рочиштето и се внесуваат во писмениот состав на одлуката⁵⁸.

Кога станува збор за вонредните правни лекови, во постапката во спорови од мала вредност законот изречно ја исклучува ревизијата против одлука на второстепениот суд⁵⁹. Во спорови од мала вредност ревизија не може да се изјави ниту според вредносниот, ниту според каузалниот, ниту според процедуралниот критериум⁶⁰. Исто така, во овој вид спорови не е дозволена ниту во-

⁵⁶ *Arg. ex.* член 351 в.в со член 361 од ЗПП.

⁵⁷ Постапката во прв степен се завршува со решение во случај кога тужбата се отфрла поради недостаток на определена процесна претпоставка; кога судот се огласува за ненадлежен и го отстапува предметот на надлежен суд; кога судот ја запира постапката ако утврди дека постапката треба да се спроведе според правилата на вонпарничната постапка; кога тужителот ќе ја повлече тужбата. Види В. Poznić, *op. cit.*, (фуснота 11), str. 1074.

⁵⁸ Види член 433 од ЗПП.

⁵⁹ Според член 438 став 4 од ЗПП, во споровите од мала вредност не е дозволена ревизија против правосилна одлука на второстепениот суд.

⁶⁰ Процедуралниот критериум за дозволеност на ревизија не важи за одлуките на второстепените судови кои се донесени според одредбите што важат за посебните парнични постапки во кои изречно е наведено дека не е дозволена ревизија, каков што е случајот со споровите од мала вредност. Така и А. Јаневски, Т. Зороска-Камиловска, *op. cit.*, (фуснота 15), стр. 485. Во врска со ова, пред Врховниот суд се постави како дискутабилно прашањето дали во споровите од мала вредност може да се изјави редовна ревизија според процедуралниот критериум, при што судот има категоричен став дека ревизијата во таков случај не е дозволена повикувајќи се на одредбата од член 438 став 4 од ЗПП според која во овие спорови е исклучена ревизијата. Во таа смисла, Врховниот суд е на ставот дека ревизијата не е дозволена кога постапката била спроведена по правилата на редовна (општа) парнична постапка или друг вид посебна парнична постапка, наместо по правилата на постапката по спорови од мала вредност, а според вредноста на предметот на спорот, износот е во висина која одговара на вредносниот критериум на спорови од мала вредност, со образложение дека од содржината и анализата на одредбите од ЗПП за тоа кои спорови се спорови од мала вредност, а кои не се, произлегува дека законодавецот точно ги определил споровите од мала вредност, при што дозволеноста на ревизијата, во смисла на член 438 став 4 од Законот за парничната постапка, се оценува според видот на спорот, така што во оваа одредба изречно е предвидено дека во споровите од мала вредност не е дозволена ревизија против правосилна одлука на второстепениот суд (Правно мислење усвоено на седница на Одделот за граѓански дела на Врховниот суд на Република Македонија одржана на 4 јули 2014 година). Од друга страна, судот е на став дека во споровите во кои вредноста на предметот на спорот на побиваниот дел на пресудата кој се напаѓа со ревизијата според својата висина одговара на вредносен критериум за спор од мала вредност, а во постапката по жалба второстепениот суд ја преиначил првостепената пресуда, дозволена е ревизијата. Во случаите во кои според висината

предната ревизија односно ревизијата по исклучок што ја дозволува второстепениот суд⁶¹. Иако ЗПП на изречен начин ја исклучува вонредната ревизија кај овој вид спорови со упатувачка одредба, во практиката се појавија случаи во кои второстепените судови неа ја дозволуваа и покрај јасната законска одредба. Од тие причини, Врховниот суд на Република Северна Македонија, воочувајќи дека од страна на второстепените судови се дозволува ревизија по исклучок, но спротивно на член 372 став 5 од истиот закон, во спорови за кои е изречно одредено дека за нив не е дозволена ревизија, како што се споровите од мала вредност, утврди потреба од донесување начелно правно мислење за начинот на одлучување по вака изјавена ревизија која е дозволена од второстепениот суд, за да се уедначи судската практика и да се обезбеди единство во примената на одредбите од Законот за парничната постапка. Според начелното правно мислење на Врховниот суд, *„ревизијата поднесена против вџоросџејена пресуда од член 372 став 4 од Законот за парничната постапка, која иако ти исполнува законските услови од оваа законска одредба, но е дозволена од вџоросџејениот суд спротивно на член 372 став 5 од истиот закон, во спорови за кои изречно е одредено дека за нив ревизија не е дозволена, се одбива како неоснована“*⁶².

Во однос на повторувањето на постапката како вонреден правен лек, ЗПП не предвидува некои посебни специфичности. Овој правен лек може да се поднесе под истите услови и од истите причини како и во редовната парнична постапка. И во постапката во спорови од мала вредност, странката може да бара повторување на постапката поради нови факти и докази врз основа на кои за странката можела да биде донесена поповолна одлука ако тие факти или докази биле употребени во поранешната постапка⁶³. Сепак, имајќи предвид дека во оваа постапка странките се преклудирани во изнесувањето на процесниот материјал до еден поран стадиум во постапката, тоа повлекува со себе и разлика во моментот на кој се однесува правосилноста на одлуката споредено со редовната парнична постапка. Имено, субјективно новите факти поради кои може да се бара повторување на постапката мора да постојат до правосилноста

на тужбеното барање кое до заклучување на главната расправа го надминува вредносниот критериум на спор од мала вредност, а во постапка по жалба второстепениот суд ја преиначил првостепената пресуда, фактот што со ревизијата се побива второстепената пресуда за износ кој по својата висина одговара на парично побарување кое го исполнува вредносниот критериум за спор од мала вредност не дава основ ревизијата да се смета за недозволена со примена на член 438 став 4 од Законот за парничната постапка. Во ваков случај, дозволеноста на ревизијата треба да се цени со примена на 372 став 2 точка 6 од Законот за парничната постапка и да се примени исклучокот кој го уредува оваа точка, дека ревизијата секогаш е дозволена во спорови во кои во постапка по жалба второстепениот суд ја преиначил првостепената пресуда, независно од тоа што вредноста на предметот на спорот на побиваниот дел на пресудата кој се напаѓа со ревизијата според својата висина одговара на вредносен критериум за спор од мала вредност (Заклучок утврден на седница на Одделот за граѓански дела на Врховниот суд на Република Македонија одржана на 21 март 2014 година).

⁶¹ ЗПП изречно предвидува дека одредбите од Законот што ја нормираат вонредната ревизија не се применуваат во оние спорови за кои со ЗПП или со друг закон изречно е одредено дека за нив не е дозволена ревизија. Види член 372 став 5 од ЗПП.

⁶² Начелно правно мислење на Врховниот суд на Република Северна Македонија од 28 април 2021 година.

⁶³ Член 392 став 1, точка 9 од ЗПП.

на одлуката за која се бара повторување на постапката, што во постапката во спорови од мала вредност се оние факти кои постоеле до заклучување на првото рочиште за главна расправа имајќи предвид дека во оваа постапка странките се должни да ги изнесат сите факти и докази на првото рочиште за главна расправа⁶⁴.

4. Решенија кои ги предвидува Предлогот на Законот за парнична постапка од 2021 година во однос на постапката во споровите од мала вредност

Забрзувањето на парничната постапка и обезбедувањето судење во разумен рок беа основниот мотив за реформа на парничното право која беше спроведена со донесувањето на Законот за парничната постапка од 2005 година. Новите решенија се очекуваше да ја поедностават и да ја забрзаат постапката пред судовите, а притоа да не се доведе во прашање остварувањето на загарантираната правна заштита на граѓаните предвидена со Уставот, законите и меѓународните документи што ги има ратификувано Република Македонија, да се создадат услови за почитување на меѓународно усвоениот стандард за судење во разумен рок и да се зголеми квалитетот и нивото на правната заштита и правната сигурност на граѓаните пред судовите. Практичната примена на ЗПП од 2005 година во изминатава една и пол деценија покажа дека состојбата во граѓанското правосудство, иако значително подобрена, и понатаму е оптоварена со бројни проблеми, некои генерирани и од самиот ЗПП од 2005 година, а особено од неговите подоцнежни измени и дополнувања. Од прегледот на новините што ги претрпе ЗПП во текот на изминатите години, може да се даде една генерална констатација дека законодавецот потфрли во осмислувањето и конципирањето на нормативни решенија кои тангираат начела, институти и одделни процесни прашања кои ја чинат суштината на самата постапка. И не само тоа. Се воведоа решенија што ја рушат конзистентноста на самиот законски текст, па дури се и потенцијално штетни за системот на давање на правната заштита. Заради подобрување на квалитетот на законскиот текст и конципирање на најадекватни процесни решенија за што поцелосно остварување на целите на парничната постапка и зајакнување на процесните механизми за остварување и заштита на правата на странките во парничната постапка во 2019 година, Министерството за правда, како дел од Стратегијата за реформа на правосудниот систем 2017 – 2022, пристапи кон изработка на нов Закон за парничната постапка. На текстот на Законот се работеше во текот на 2020 и 2021 година. Финалниот текст на Предлог-законот за парничната постапка, кој во моментот е во собраниска процедура, е резултат на работата на интердисциплинарната работна група, но и на обемната јавна дебата и расправа која се одвиваше по повод изготвениот текст. Во насока да се подобри квалитетот на законскиот текст, со Предлог на Законот за парничната постапка од 2021 година се предлагаат измени и дополнувања на постојните законски одредби заради нивно доуредување и правилно редактирање, но и нормирање на сосема нови законски решенија за кои се смета дека позитивно ќе се одразат на спро-

⁶⁴ *Arg. ex.* член 436 стев 2 од ЗПП.

ведувањето на постапката и остварување навремена, ефикасна и квалитетна заштита на граѓанските субјективни права.

Што се однесува до постапката во споровите од мала вредност, *ratio* на предложените новини го воочуваме во настојувањето оваа постапка да биде поефикасна, порационална, побрза и поконцентрирана. Од друга страна, нужна беше интервенцијата во оваа постапка и со оглед на решенијата што ги предвиде Новелата на ЗПП од 2015 година, а кои практиката ги дектектираше како неиздржани и несоодветни. Посуштинските новини што се предлагаат во оваа постапка се: намалување на вредносниот цензус во однос на тоа што ќе се смета како спор од мала вредност; проширување на листата на спорови кои според закон не се сметаат за спорови од мала вредност; спроведување на постапката врз основа на писмено преземени дејствија; ограничување на бројот на подготвителни поднесоци; строго санкционирање на странката поради недоаѓање на рочиште кое било закажано на нејзино барање; укинување на можноста одлуката во овие спорови да се побива поради погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба; и предвидување рокови во кои мора да заврши првостепената постапка односно постапката по жалба.

Во продолжение подетално ќе ги елаборираме новините што се предлагаат во сферата на оваа посебна парнична постапка.

Во поглед на предметот на постапката, најзначајната новина е намалување на вредносната граница за определување на спор од мала вредност од 600.000 денари на 60.000 денари, што е сосема разумен износ во поглед на висината на вредносниот цензус со оглед на економските прилики и животниот стандард во нашата земја. Исто така, се проширува негативната енумерација во однос на споровите од мала вредност, така што со предложените измени како спор од мала вредност покрај постојните не се сметаат и споровите за авторски и сродни права, споровите за заштита и употреба на правата од индустриска сопственост или на правото на употреба на фирма или назив, споровите од нелојална конкуренција и монополистички однесувања.

Во однос на текот на постапката во споровите од мала вредност, Предлогот на Законот за парничната постапка од 2021 година воведува значајни новини во неколку сегменти со цел постапката да се рационализира и да се направи поефикасна. Во таа насока, се предвидува постапката по правило да се спроведува врз основа на писмено преземени дејствија. И понатаму е задржано правилото дека во оваа постапка не се применуваат одредбите за подготвително рочиште, а што се однесува до главната расправа, таа се одржува само ако го побара тоа некоја од странките во тужбата, одговорот на тужба односно во подготвителните поднесоци или ако судот смета дека е потребно да се одржи главна расправа. Понатаму, во постапката во споровите од мала вредност се предлага рокот за одговор на тужба да биде осум дена. Во оваа постапка, секоја од странките има право да поднесе по еден подготвителен поднесок. Во таа смисла, тужителот може во рок од осум дена од денот на приемот на одговорот на тужба да поднесе подготвителен поднесок со кој одговара на наводите од одговорот на тужба, а тужениот може во рок од осум дена од применот на подготвителниот поднесок на тужителот да одговори на наводите содржани во таквиот поднесок. Во оваа постапка се предвидува построг систем на преклузии така што тужителот е должен сите факти и докази да ги изнесе, односно да

ги предложи во тужбата, а тужениот во одговорот на тужба, при што судот нема да ги земе предвид фактите и доказите кои не се истакнати, односно не се предложени до тој процесен момент во постапката. Ако по приемот на одговорот на тужбата или по приемот на подготвителните поднесоци судот утврди дека меѓу странките не е спорна фактичката состојба, а се предложени само писмени докази и нема други пречки за донесување одлука, без одржување расправа донесува одлука за спорот од мала вредност.

Новите решенија одат и во насока на заострување на правилата за санкционирање на пасивноста на странките во постапката. Така, ако тужениот на кој тужбата му е уредно доставена не поднесе одговор на тужба, се смета дека го признава тужбеното барање. Судот без натамошно расправање донесува пресуда со која го усвојува тужбеното барање ако се исполнети условите за донесување оваа пресуда. Во поканата за давање одговор на тужба, судот е должен да го предупреди тужениот на правните последици од неподнесување одговор на тужба. Понатаму, ако тужителот барал да се одржи рочиште, но не дојде на рочиштето, иако бил уредно поканет, тужбата се смета за повлечена. Ако тужениот барал да се одржи рочиште, но не дојде на рочиштето, иако бил уредно поканет, судот одлучува врз основа на исправите и другите докази што се доставени до судот. Ако двете странки барале одржување на рочиште, а ниту една од странките не дојде, иако биле уредно поканети, тужбата се смета за повлечена.

Ако судот закаже главна расправа, иако ниту една странка не го побарала тоа, а на рочиштето не дојде една од странките иако е уредно поканета, а не го оправдала својот изостанок, судот го одржува рочиштето и смета дека странката ги повлекла сите докази, освен исправите што претходно му ги доставила на судот. Во таков случај, судот по предлог на другата страна, одлучува врз основа на исправите и другите докази што можат да се изведат на рочиштето. Ако судот закаже главна расправа, иако ниту една од страните не го побарала тоа и ниту една од странките не дојде на рочиштето, иако е уредно поканета, а не го оправдала својот изостанок, судот одлучува врз основа на исправите и другите докази што се доставени до судот.

Во однос на донесувањето и објавувањето на пресудата, се предвидува ново решение според кое пресудата се објавува веднаш или најдоцна во рок од осум дена од денот на заклучувањето на главната расправа. При објавувањето на пресудата, судот е должен да ги поучи странките под кои услови можат да изјават жалба.

Кога станува збор за постапката по правни лекови, се предлага повторно враќање на рестриктивниот режим во однос на причините поради кои може да се изјави жалба. Во таа смисла, пресудата или решението со кое се завршува спорот во постапката во споровите од мала вредност може да се побива само поради суштествена повреда на одредбите на парничната постапка од апсолутна природа и поради погрешна примена на материјалното право.

Во поглед на траењето на постапката, со предлог на Законот се предвидуваат рокови во кои треба да завршат првостепената и второстепената постапка. Така, во постапката во спорови од мала вредност постапката пред првостепениот суд мора да заврши во рок од шест месеца од денот на поднесувањето на тужбата, а што се однесува до постапката по жалба, второстепениот суд е

должен да донесе одлука по жалба во рок од три месеци од денот на приемот на предметот во второстепениот суд.

5. Заклучни согледувања

Постапката во спорови од мала вредност е посебна парнична постапка уредена со Законот за парничната постапка. Конципирана како постапка на редуцирана когниција, оваа постапка претставува инструмент за сумарно право-рздавање во спорови кои со оглед на своето (релативно) мало општествено, односно економско значење на предметот на спорот се сметаат за багателни спорови. Иако за оваа постапка е својствена доминацијата на принципите на ефикасност и економичност, тоа не влијае на квалитетот на правната заштита која се дава во оваа постапка, имајќи предвид дека специфичниот процесен режим според кој се води постапката во споровите од мала вредност не ја доведува во прашање законитоста и правилноста во одлучувањето.

Во системот на парничната постапка, од донесување на ЗПП од 2005 година во повеќе наврати е интервенирано во постапката во спорови од мала вредност во делот на континуирано зголемување на вредносниот цензус кој со последните измени од 2015 година е радикално зголемен на 600.000 денари. Поставената вредносна граница е навистина дискутабилна имајќи предвид дека со оглед на економските состојби во нашата држава и, секако, животниот стандард на граѓаните во ниту еден случај не може да се смета како издржано поставување на ваков вредносен цензус за нешто што треба да се третира како багателно и незначително. Ваквата законска интервенција влијаеше и на измени во делот на процесните специфичности карактеристични исклучиво за оваа постапка. Новелата на ЗПП од 2015 година суштински го измени режимот на оваа постапка имајќи предвид дека една од главните карактеристики на оваа постапка како што е редуцираноста на причините поради кои може да се изјави жалба како редовен правен лек, која отсекогаш се третираше како иманентно својство на оваа постапка и како централна точка за дистинкција на режимот на постапката во спорови од мала вредност од редовната парнична постапка, повеќе не е предвидена.

Законските решенија кои се предлагаат со Предлогот на Законот за парничната постапка од 2021 година ги анулираат неиздржаните интервенции во оваа постапка, со намалување на вредносниот цензус на 60.000 денари и повторно воведување редуциран режим кога станува збор за правните лекови. Секако, се предвидуваат и комплетно нови решенија за кои се очекува дека ќе ја рационализираат постапката и ќе обезбедат нејзино ефикасно и економично спроведување. Постапката во спорови од мала вредност е конципирана како сумарна постапка со цел да обезбеди поголема ефикасност во постапувањето во спорови со релативно мала вредност, односно мало значење на предметот на спорот, па оттука и предложените новини во оваа постапка, доколку бидат усвоени, се очекува да го обезбедат и унапредат остварувањето на тие цели.

SMALL CLAIMS PROCEDURE

(Summary)

The small claims procedure is a special litigation procedure regulated with the Civil Procedure Act. Recognized as a procedure of reduced cognition, it is considered as an instrument for summarized judicial protection in disputes which, given their small social i.e. economic significance of the subject matter, are considered as trivial. The paper discusses certain issues related to the subject matter of the small claims procedure, its procedural specifics and the solutions provided by the Draft of the Civil Procedure Act of 2021 regarding this procedure.

Key words: civil litigation, dispute, small claim

ЛИТЕРАТУРА:

1. I. Benzon, M. Vujeva, Postupak u sporovima male vrijednosti, analiza procesnih instituta u teoriji i praksi nakon Novele Zakona o parničnom postupku iz 2013 godine, *Pravnik* 48, 1 (98), 2015, str. 23-52;
2. Н. Бодирога, Неки проблеми у примени Закона о парничном поступку у споровима мале вредности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, стр. 653-670;
3. М. Dika, Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30, br. 1, 2009, str. 1-32;
4. А. Јаневски, Т. Зороска-Камиловска, Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право, Скопје, 2012;
5. А. Јаневски, Т. Зороска-Камиловска, М. Ракочевиќ, Најновите измени во парничното законодавство на Република Македонија според Новелата на Законот за парничната постапка од 2015 година, *Деловно право, Издание за теорија и практика на правото, година XVI, број 33*, Скопје, 2015, стр. 59-82;
6. М. Кнежевиќ, О жалби против пресуде у поступку у спору мале вредности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012, стр. 385-402;
7. В. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1978;
8. В. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976 sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009;
9. М. Салма, Поступак у споровима мале вредности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2010, стр. 121-141;
10. Г. Станковиќ, *Граѓанско процесно право*, Београд 2004;
11. S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004;
12. В. Čaliја, S. Omanović, *Građansko procesno pravo*, Sarajevo 2000;
13. J. Čizmić, Postupak u sporovima male vrijednosti u svjetlu odredaba novele ZPP 2019, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 41, br. 1, 243-267 (2020);

14. Закон за парничната постапка („Сл. Весник на РМ“, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015);
15. Закон за парничната постапка од 1998 година („Сл. весник на РМ“ бр. 33/98 и 44/02);
16. Закон за парничната постапка на Р Словенија (Zakon o pravdnem postopku „Uradni list R. Slovenije“, br. 26/99, 96/02, 12/03, 2/04, 52/07 и 45/08);
17. Закон за парничната постапка на Р Србија (Закон о парничном поступку „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 55/2014, 87/2018 и 18/2020);
18. Закон за парничната постапка на Р Хрватска (Zakon o parničnom postupku „Narodne Novine“, br. 35/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 43/13, 89/14 и 70/19);
19. Закон за семејство („Сл. весник на РМ“ бр. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15, 150/15 и 53/2021).

Dr. sc. Dinka Šago, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

ULOGA GEODETA U NEKIM SUDSKIM I UPRAVNIM POSTUPCIMA

35.077.3:528(497.5)
347.91/.95:528(497.5)

изворна научна статија

Sređene zemljišne evidencije osnova su gospodarstva i pravne države. Zemljišne evidencije moraju odgovarati stvarnom stanju na terenu, a zbog trenutnog stanja zemljišnih evidencija, istovjetnost sa stvarnim stanjem na terenu može se ostvariti samo novom izmjerom. Sređivanje zemljišnih evidencija jedan je od glavnih izazova geodetske struke u Republici Hrvatskoj, ali i hrvatskog društva u cjelini, jer bez sređenih imovinsko-pravnih odnosa nema ni napretka ni pravne i socijalne sigurnosti.

Ključne riječi: geodeti, međe, nekretnina, parcelacijski elaborat

1. Uvodno o geodetskoj djelatnosti

Geodetska djelatnost, kao predmet proučavanja geodetskog prava, svakim danom postaje sve razvijenija, a pitanja i problemi koji iz te djelatnosti proizlaze sve su brojniji. Poznavanje geodetskog prava nužno je za geodete i pravnike zbog: brzog i kvalitetnog rješavanja multidisciplinarnih problema, promicanja statusa i ugleda tih dviju struka, sudjelovanja kod izrade i donošenja novih propisa iz područja geodetske djelatnosti, educiranja stručnjaka radi prevencije pogrešaka, boljeg ostvarivanja zajamčenih prava korisnika usluga. Stručnjaci iz područja geodetskog prava trebali bi svojim radom znatno pridonijeti uspostavljanju i razvitku sudske i upravne prakse na ovom području, što bi trebalo rezultirati i većom pravnom sigurnošću, a značajan doprinos trebali bi dati i razvitku geodetsko-pravne znanosti.¹ Danas rješavanje velikog broja stvari i problema zahtijeva multidisciplinarni pristup. Često pristup problemu s aspekta samo jedne struke ne može dati brzo, kvalitetno i konačno rješenje. Zato i geodeti moraju imati osnovna znanja iz nekih drugih područja, pa i iz polja prava. Niz je razloga za to poput: kako bi štitili svoja statusna i radna prava; kako bi na zakonit i pravilan način obavljali svoju djelatnost; kako bi u sudskim i upravnim postupcima kao vještaci mogli pravilno razumjeti što se od njih traži u obavljanju vještačenja; kako bi mogli sudjelovati kod donošenja propisa kojima se uređuje njihova djelatnost; poznavanje prava nužno je za polaganje stručnog ispita za ovlaštenog inženjera geodezije. Treba napomenuti da geodeti sudjeluju u **sudskim**

¹ Čizmić, J., Šago, D., Kačer, B., Osnove zemljišnoknjižnog prava, Maribor, Republika Slovenija: University of Maribor Press, 2018., str. 138 – 139. (dalje: Čizmić, Šago, Kačer, OZP)

postupcima (uređenja međa, smetanja posjeda, razvrgnuća suvlasničke zajednice, izvlaštenja, etažiranja) i **upravnim postupcima** (parcelacija, legalizacija), u kojima sudu i nadležnim upravnim tijelima pružaju stručnu pomoć, a geodeti, kao stručnjaci, mogu pružiti pomoć klijentima izvan sudskih i upravnih postupaka (identifikacija, iskolčenje). Geodeti se susreću i s brojnim drugim problemima pravne naravi kao što su: prenormiranost (preveliki broj propisa, disperziranost, tendencija da ih bude više); proturječnosti propisa (unutar pojedinog propisa i s drugim propisima); prevelikog broj tijela (nejasnih nadležnosti, preklapanje nadležnosti, sličnih naziva); neujednačene i nejasne terminologije (katastarski nacrt – katastarski plan); prevelikog broj potvrda (koje treba ishoditi ili priložiti kao dokaz); nedovoljno poznavanje prava od geodeta i poznavanja geodezije od zakonodavca (sudjelovanje geodeta i pravnika u postupku donošenje propisa) i sl.

U nastavku ćemo obraditi ulogu geodeta u pojedinim postupcima.

2. Povezivanja zemljišne knjige i knjige položenih ugovora

2.1. Knjiga položenih ugovora

Knjiga položenih ugovora je neka vrsta alternativne zemljišne knjige, ali je ipak zemljišna knjiga.² Iako se često iznosi kako je ona nastala s otkupom društvenih stanova u zgradama koje nisu bile upisane u zemljišnoj knjizi, to ipak nije točno. Povijest knjige položenih ugovora (točniji naziv je bio polog isprava jer se nije radilo samo o ugovorima) daleko je dulja i ona je u početku služila za područja u kojima ili zemljišna knjiga nije postojala ili je postojala pa je uništena.³ Međutim, takvi upisi nisu davali ni približno onakva jamstva pravne sigurnosti i vladavine prava kakve inače pruža zemljišna knjiga. Glavni problem koji je generirao mnoge parnice, bilo je višestruko otuđenje jer sustav nije učinkovito to sprječavao u smislu uočavanja, ali i poštenja drugog i sljedećih stjecatelja. Država je uočila problem s knjigom položenih ugovora i reagirala na način da je donesen podzakonski akt koji se odnosi na materiju povezivanja takve knjige s klasičnom ili redovnom zemljišnom knjigom. Prvi takav posebni podzakonski akt pod nazivom Pravilnik o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu posebnog vlasništva nekretnine datira još iz 2010. godine, ali prethodno je ista materija bila uključena u Zemljišnoknjižni poslovnik još od 1997. godine.⁴

Knjiga položenih ugovora je dobro poznata u stručnim krugovima pod nazivom „pupica”. Nakon osamostaljenja nove države, nakon prekida svih državno-pravnih sveza s bivšom državom, što se dogodilo 8. listopada 1991. godine, trebalo je donijeti niz pravnih odluka, od kojih su mnoge imale i veliku političku „težinu”. Jedna takva

² Knjiga položenih ugovora je nešto što se pojavilo kao posljedica otkupa društvenih stanova još za vrijeme Domovinskog rata i ne bi se smjelo identificirati taj pojam sa sličnim pojmom pologa isprava za katastarske općine u kojima nije bila osnovana zemljišna knjiga ili je bila osnovana pa je iz bilo kojeg razloga (npr. požar) prestala postojati.

³ Najčešće su to slučajevi požara, što se npr. dogodilo na području K. O. Kaštel Sućurac i dvije K. O. na otoku Šolti.

⁴ Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik) – Narodne novine, br. 81/97. Ovaj pravilnik je doživio svoje novele koje su objavljivane u Narodnim novinama, br. 109/02, 123/02, 153/02, 14/05 i 60/10.

je bila da li u stvaranju novoga pravnog sustava krenuti od nule (*ab ovo*) ili ne. Jedna opcija bila je da se preuzmu svi propisi bivše države na način da se u njih intervenira onoliko koliko je najnužnije (npr. da se isključe riječi kao što su socijalistička i Jugoslavija, da se unese nekoliko formulacija koje ne omogućuju primjenu onoga što je suprotno temeljima nove države i da se konačno tijekom vremena donosu novi propisi za koje možemo kazati da nisu preuzimanjem postali hrvatski, nego su takvi od samog svojeg početka). Tako je u službenom glasilu Republike Hrvatske „Narodnim novinama” u brojevima od 53/91 i 53a/91 od 8. listopada 1991. došlo do preuzimanja praktički svih pravnih normi koje su predstavljale pravni okvir nove države.

Kada se 1992. godine donio Zakon o otkupu društvenih stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo, to je dalo mogućnost stotinama tisuća ljudi da, uz minimalna ulaganja, postanu vlasnici vrijednih nekretnina. Vlasnikom se postajalo odmah, što je značilo mogućnost prodaje na tržištu za punu cijenu, dok je prodavatelj (najčešće država), zadržala hipoteku za neisplaćene obroke u visini onih ranije navedenih, oko 10 %. Kada je nakon nekoliko godina pred zakonodavca došao Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine,⁵ bilo je potpuno jasno da se nekad oduzeti stanovi neće vraćati u naravi, što je vrijedilo i za zemljište na kojemu su sagrađene zgrade koje je gradila nova država na otetom zemljištu i koji stanovi su također bili otkupljeni.⁶ Kada je 1992. godine donesen navedeni Zakon o otkupu društvenih stanova, pokazalo se da su vrlo rijetke bile zgrade (i to su u pravilu bile one koje su građene između dvaju svjetskih ratova) koje su građene *lege artis*, dakle na formiranoj građevnoj parceli i uz mogućnost uredne uknjižbe. Većina zgrada je građena tako da je granica parcele prolazila rubom ili čak i sredinom zgrade, da je zgrada građena na dvije ili više parcela, da je veliki dio tih parcela formalno još uvijek bio u privatnom vlasništvu, iako su postojali zakoni koji su onemogućavali to vlasništvo u gradovima i naseljima gradskoga karaktera itd. Kako je javnosti obećano da će kupci biti vlasnici stanova, trebalo je naći neko rješenje *sui generis*, pa je to rješenje nađeno u knjizi položenih ugovora. To je, dakle, zemljišna knjiga, ali to nije klasična zemljišna knjiga. To znači da je ista čestica zemlje ostala postojati u klasičnoj zemljišnoj knjizi u kojoj se nije vidjelo postojanje zgrade sagrađene na tom zemljištu, ali i u „pupici”, koja je praktički formirana s otkupom društvenih stanova, s vrlo benignim uvjetima koji su postojali za prodavatelja takvih stanova da dokaže svoje „vlasništvo”. Dakle, imali smo dvojnu zemljišno-knjižnu evidenciju i onda je propisano da se klasična zemljišna knjiga i „pupica” moraju povezati i taj posao je prepušten upraviteljima zgrada. Činjenica je da sama „pupica”, formirana kao neka vrsta nužnog zla, nije bila opremljena svim onim sigurnosnim sustavima, kao klasična zemljišna knjiga, koji bi sprječavali višestruka otuđenja i tako redom. Srećom i taj postupak povezivanja je u većem dijelu države sada pri kraju i treba se nadati da će biti brzo završen i da će štetne posljedice biti puno manje od koristi koja je ovako ostvarena, ne samo za pojedine vlasnike nego i za društvo u cjelini.⁷

⁵ Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Narodne novine, br. 92/96, 39/99, 42/99, 92/99, 43/00, 131/00, 27/01, 34/01, 65/01, 118/01, 80/02, 81/02, 98/19.

⁶ Čizmić, Šago, Kačer, OZP, str. 227 – 230.

⁷ Vidi Ružička, B., Zemljišna knjiga, Povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upis vlasništva posebnog dijela nekretnine, Novi informator, Zagreb, 2010.

2.2. Uloga geodeta u postupku povezivanja zemljišne knjige i knjige položenih ugovora

Povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora je postupak koji propisuje Pravilnik o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine, koji je stupio na snagu 21. svibnja 2010. godine.⁸

Da se postupak uopće može pokrenuti, potrebno je uskladiti podatke službenih evidencija katastra i zemljišne knjige te stvarnog stanja.⁹ Geodetska struka je zastupljena u dijelu predradnji pokretanja postupka i to: u a) analizi podataka u službenim evidencijama (što je sve potrebno napraviti da bi se pokrenuo postupak), b) identifikaciji i upisu zgrada u postupku povezivanja i c) usklađivanju podataka katastra i zemljišne knjige (elaborati usklađivanja,¹⁰ identifikacija, izvadak).^{11 12}

Činjenica je da jedino geodetska struka može, mora i zna napraviti analizu podataka upisanih u službenim upisnicima, u konkretnom slučaju o nekretninama u postupku povezivanja. Prvenstveno iz razloga jer su to poslovi kojima se bavi geodetska struka, propisano Zakonom o obavljanju geodetske djelatnosti, tj. ona prikuplja, obrađuje, ažurira, kontrolira i distribuira prostorne podatke, ali i podatke o nositeljima prava na katastarskim česticama i nikako ne treba odstupiti od potrebe usklađenja stanja o zgradama i katastarskim česticama pod uvjetom da taj posao odrađuju stručne osobe. U ovom postupku je potrebna edukacija upravitelja od Državne geodetske uprave, ne samo Ministarstva pravosuđa, kao prvog nužnog koraka u postupku povezivanja. U cilju stvaranja katastarsko-zemljišno-knjižne evidencije koja će prikazati potpuno stanje nekretnine mjerodavno za pravni promet, potrebno je zajedničko sudjelovanje svih nadležnih institucija.¹³

⁸ Pravilnik o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine, Narodne novine, br. 121/13.

⁹ Najintenzivnije se na izmjeri radilo 60-ih godina 19. stoljeća, a u većem ili manjem opsegu izvodila se do I. svjetskog rata. Tijekom tog vremena, izgrađen je sustav zemljišnih evidencija – katastara i zemljišne knjige. U Kraljevini Jugoslaviji izmjere su se provodile u istočnim krajevima, koji nisu imali nikakvu katastarsku evidenciju, a na području Hrvatske nastavljene su usporeno nakon II. svjetskog rata s nešto većim intenzitetom 50-ih i 70-ih godina. Dok su zemljišne knjige zapostavljene iz ideoloških razloga (ukidanje privatnog vlasništva), katastarske evidencije su dobro održavane, jer su služile za određivanje poreza na katastarski prihod. Zbog usitnjenosti parcela i političkih razloga (okrupnjavanje zemljišta poljoprivrednih kombinata), tijekom 60-ih i 80-ih godina prošlog stoljeća intenzivnije su provođene komasacije poljoprivrednog zemljišta.

¹⁰ Geodetske elaborate mogu izrađivati pravne i fizičke osobe koje imaju suglasnost Državne geodetske uprave za obavljanje poslova državne izmjere i katastra nekretnina, a mogu se koristiti kada su pregledani i potvrđeni od Gradskog ureda za katastar i geodetske poslove. Geodetski elaborati propisani Pravilnikom o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima ne podliježu potvrđivanju od tijela nadležnog za prostorno uređenje (članak 33. Pravilnika).

¹¹ Upravitelji zgrada bez stručne geodetske i pravne pomoći, teško mogu obaviti navedene poslove, a u slučajevima neusklađenosti evidencija, nisu ovlašteni za izradu geodetskih elaborata. S tim u vezi potrebno je podignuti razinu znanja i problematike samih upravitelja kako bi znali s kojim se sve problemima geodetska i pravna struka susreću u ovom postupku.

¹² Ako sud utvrdi prilikom predaje prijedloga ili tijekom postupka da postoji značajna razlika između čestice upisane u zemljišnu knjigu i čestice upisane u katastru, potrebno je predlagatelja uputiti da naruči izradu odgovarajućega geodetskog elaborata. Vidi više Končić, A., Predložene novine u Pravilniku o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine, Hrvatska gospodarska komora – sektor za trgovinu devetnaesti forum poslovanja nekretninama, str. 11.

¹³ Vidi Čizmić, Šago, Kačer, OZP, str. 227 – 229.

3. Uloga geodeta u postupku uređenja međa

Kako se sudionici postupka teško mogu precizno izjašnjavati o pravcu međašne linije i mjestima na koje će se postaviti međašni znaci, nužno je da vještak geodetske struke izradi tzv. skicu mjesta s podacima o susjednim nekretninama, mjestima gdje su postavljeni međašni znaci i pravcu međašne linije. Pored toga, na ročištu u sudu nije moguće provjeriti vrijednost spora o međašnoj površini. Sve to opravdava dužnost suda da zakaže ročište na spornom mjestu. Dakle, mjernički, odnosno geodetski vještak ima zadatak identificirati čestice na terenu te sudu i strankama pokazati koja je čestica u vlasništvu (posjedu) predlagatelja, a koja je u vlasništvu (posjedu) protustranke.¹⁴ Daljnja uloga mjerničkog vještaka ovisi o tome na koji će se način urediti međa.¹⁵ Mjernički, odnosno geodetski vještak je sudu potreban i radi toga jer sud nije dovoljno stručan orijentirati se i identificirati nekretnine na terenu.¹⁶

Postupak uređenja međe¹⁷ je postupak u kojem se uspostavlja međna linija na terenu, a pokreće se iz jednog od sljedećih razloga: tamo gdje ne postoje međne oznake, odnosno gdje međa nikada nije bila uređena, prilikom obnavljanja međe ako joj prijete opasnost da se neće moći raspoznati ili je međa u sporu. U geodetskom smislu međa predstavlja crtu na katastarskom planu (mapi) koja razdvaja dvije katastarske čestice (zemljišne čestice).

Sam postupak je izvanparničan, a svoje uporište pronalazi u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, pravnim pravilima bivšeg Zakona o sudskom izvanparničnom postupku (1934. godine) te Zakonu o državnoj izmjeri i katastru nekretnina¹⁸. Postupak se pokreće na zahtjev vlasnika nekretnine (aktivna legitimacija) ili vlasnika susjednih nekretnina s kojima predmetna međa graniči (pasivna legitimacija). Sam zahtjev za uređenje međe je u svojoj biti vlasnički zahtjev, odnosno nakon što se uredi međa, pretpostavlja se da postoji vlasništvo do granice uređene međe.¹⁹ Postupak je u nadležnosti Općinskog suda na čijem se području međa nalazi. Prijedlog za pokretanje postupka mora sadržavati: ime predlagatelja i protustranaka, naznaku nekretnina između kojih je potrebno urediti među, naznaku je li potrebno među obnoviti ili urediti, potpisi predlagatelja, naznaku koje bi dokaze trebao sud provesti u postupku uređenja međa te ostalo.²⁰

Geodetska struka u ovom postupku zastupljena je u trima fazama:²¹

U prvoj, prije vanjskog uređivanja: a) potrebno je stručno identificirati nekretnine koje su predmet postupka, b) utvrditi je li između nekretnina međa bila

¹⁴ Više Babić, D., Sudsko uređenje međa, Informator, br. 5422, od 22. 02. 2006., str. 14.–15.

¹⁵ Vidi Oberman, H., O međi kao pravno-geodetskom pitanju, Naša zakonitost, 35., 1982., str. 101.–103.

¹⁶ Usporedi Bulka, Z., Susjedska prava – međa, Informator, broj 5498, od 15. 11. 2006., str. 14.

¹⁷ Međom se označava do kuda u prostoru seže vlasnikova pravna vlast glede nekretnine. Od međe i njezinih znakova valja razlikovati granične naprave kao što su u § 854. OGZ – a pobrojani: razori, plotovi, živice, stobori (planike), zidovi, privatni potoci, kanali, čistine i ine pregrade. Pravni odnosi u pogledu tih graničnih naprava ne rješavaju se u postupku za uređenje međa, već u parnici, a materijalno-pravni propisi u pogledu njih bili su normirani u § 854. do 858. OGZ-a. Tako kod Miljan, A., Uređenje međa, Naša zakonitost, br. 1, god. VII., Zagreb, 1953., str. 27.

¹⁸ Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, Narodne novine, br. 112/18.

¹⁹ Više Uzelac, J., Uređenje međa, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 28., broj 1, 2007., str. 875.

²⁰ Usporedi Žuvela, M., Susjedska prava – uređenje međa, Godišnjak broj 8., Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 2001., str. 44.

²¹ Tako Kontrec, D., Postupak uređenja međe, Stručno predavanje u organizaciji Hrvatske komore ovlaštenih inženjera geodezije (HKOIG), 11. 3. 2013.

uređena i c) pripremiti se za vanjsko uredovanje. U drugoj, na vanjskom uredovanju: a) potrebno je stručno identificirati nekretnine na terenu i b) postupiti po uputi sudca (odluke suda) prilikom uspostavljanja međe. U trećoj, nakon vanjskog uredovanja, potrebno je izraditi skicu uređenja međe u kojoj moraju biti detaljno opisani svi podatci koje je sud utvrdio u tom postupku.²²

Sam tijek postupka, ako se međa uređuje ili ispravlja, počinje od mogućnosti da se međa uredi „prema katastru”. Ovdje je bitna stručna uloga geodeta da provjeri mogućnost uspostave međe prema podacima iz katastra.²³ Ako je moguće i ako se obje strane slože, postupak se može provesti prema podacima iz katastra. Ako prethodno nije moguće zbog izostanka jednog od navedenih uvjeta, najbolje rješenje je sporazum stranaka. Ako nije moguće postići sporazum, međa se obnavlja prema posljednjem mirnom posjedu, a ako ni to ne bude moguće onda po pravičnoj odluci suda. Nakon izdavanja rješenja o uređenju međe, potrebno ju je provesti u katastru, što je ostavljeno na volji stranke da je prijavi u katastarski ured. Posljedično, ako se međa ne provede u katastru, može doći do opetovanog spora u budućnosti.²⁴

Kako se sudionici postupka teško mogu precizno izjašnjavati o pravcu međašne linije i mjestima na koje će se postaviti međašni znaci, nužno je da vještak geodetske struke izradi tzv. skicu mjesta s podacima o susjednim nekretninama, mjestima gdje su postavljeni međašni znaci i pravcu međašne linije. Pored toga, na ročištu u sudu nije moguće provjeriti vrijednost spora o međašnoj površini. Sve to opravdava dužnost suda da zakaže ročište na spornom mjestu. Dakle, mjernički, odnosno geodetski vještak ima zadatak identificirati čestice na terenu te sudu i strankama pokazati koja je čestica u vlasništvu (posjedu) predlagatelja, a koja je u vlasništvu (posjedu) protustranke. Daljnja uloga mjerničkog vještaka ovisi o tome na koji će se način urediti međa. Mjernički, odnosno geodetski vještak sudu je potreban i zbog toga što sud nije dovoljno stručan orijentirati se i identificirati nekretnine na terenu.²⁵

Pri utvrđivanju činjenica važnih za donošenje odluke o uređenju međa, koristit će se, kao jedno od dokaznih sredstava, topografsko-katastarski planovi na kojima su prikazane granice postojećih katastarskih čestica – takvim se uređenjem međa ne ostvaruju građevinske parcele, već se samo utvrđuje stanje kakvo je bilo na zemljištu do tada (stanje koje je nečijim postupkom bilo narušeno).^{26 27}

²² Vidi Bebler, M., Utvrđivanje međa kod zemljišnih sporova, Vještak, Hrvatsko društvo sudskih vještaka, Zagreb, br. 2, 1999., str. 37.–40.

²³ Više Boban, T., Sudsko uređenje međe (evidentiranje međa uređenih u posebnome postupku), Geodetski list, br. 1, 2010., str. 31.–38.

²⁴ Problemi u postupku uređenja međe, odnosno zakonima koji definiraju sam postupak, jesu: manjak procesnih odredbi po kojima bi sudovi postupali, automatizam da pravomoćno rješenje po službenoj dužnosti bude evidentirano u katastru te manjak geodetskih stručnjaka – pomoćnika suda.

²⁵ Bulka, *op. cit.* (bilj. 16.), str. 14.

²⁶ Iskustva pokazuju da se ni s pomoću raspoloživih geodetskih podataka ne može uvijek s apsolutnom sigurnošću utvrditi linija međe, a treba imati na umu da se spor o međi nerijetko odnosi i na neznatne površine (primjerice, „do spora na međi došlo je kada je susjed ogradu koja se urušila pokušao popraviti izmjenom nosivih stupova”). Linije crteža na topografsko-katastarskoj mapi, ma koliko bile tanko iscrtane, pokrivaju ponekad u prirodi površine šire od sporne. Nadalje, činjenica je da na točnost katastarskog plana utječe i usuh ili rasteg mape. Također, poznato je da su katastarski planovi što su stariji i sitnijeg mjerila, ujedno i neprecizniji i nepouzdaniji.

²⁷ U praksi se događa da se pokrene parnični postupak radi utvrđenja prava vlasništva na graničnom zemljištu, uznemiravanja u vršenju prava vlasništva na takvom zemljištu, odnosno smetanja posjeda, a

Ako stranke izjave da žele da se međa uredi po katastarskim nacrtima, u zapisnik o očevidu potrebno je unijeti taj njihov pristanak. Tada će na terenu mjernički (geodetski) vještak identificirati obje nekretnine. Potrebno je da na terenu vještak sudu i strankama pokaže gdje se nalazi međa prema katastarskim nacrtima. Kada vještak među pokaže strankama prema katastarskim nacrtima, tek tada je sud ovlašten i dužan upitati stranke jesu li suglasne da se međa uredi prema katastarskim nacrtima. Ako taj sporazum postoji, on će se unijeti u zapisnik o očevidu i međa će se urediti prema katastarskim nacrtima.

U praksi se susreće jedna specifična situacija prilikom evidentiranja sudski uređenih međa u katastru zemljišta. U ovom slučaju sporna je činjenica da nadležno tijelo koje provodi evidentiranje međa uređenih u posebnom postupku u katastru zemljišta, inzistira da se u slučaju legalno izgrađene, ali neevidentirane građevine, obavezno, osim evidentiranja međa, obavi i evidentiranje podataka o zgradama, i to pozivajući se na čl. 12. Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima (dalje Pravilnik).²⁸ No upravo taj članak u elaboratima kojima osnovna svrha nije evidentiranje, brisanje ili promjena podataka o zgradama ili drugim građevinama, propisuje samo iskazivanje podataka o zgradama, a ne i njihovo evidentiranje. Mišljenja smo da postoje i opravdani slučajevi kada takvo rješenje nije moguće te da se značenje navedene zakonske odredbe ne može podrazumijevati jer ona može biti interpretirana i na drukčiji način. Međutim, tako izrađen Geodetski elaborat za evidentiranje međa uređenih u posebnom postupku nije bilo moguće ovjeriti i evidentirati u katastru zemljišta jer nadležno tijelo za provođenje tog postupka svojim zaključkom ocjenjuje da je, uz navedeni postupak, riječ i o postupku evidentiranja podataka o zgradama. U skladu s tim, traži i prikazivanje podataka o predmetnoj zgradi u prijavnom listu, odnosno u svim dijelovima elaborata.²⁹ Time ulazi u kontradikciju pozivajući se na čl. 12. Pravilnika koji propisuje način postupanja u takvim slučajevima, odnosno koji dopušta da postoje elaborati kojima osnovna svrha nije evidentiranje podataka o zgradama te koji ne propisuje prijavu građevine, već samo iskazivanje podataka o njoj. Prema vlastitom tumačenju, nadležno tijelo traži i uporabnu dozvolu, odnosno potvrdu glavnog projekta, na temelju čl. 268. st. 1. Zakona o prostornom uređenju i gradnji³⁰. Ovaj slučaj krajnje pojednostavnjeno glasi: za dobivanje uporabne dozvole, odnosno potvrde glavnog projekta, potrebno je „pomaknuti među” u katastru zemljišta, dok istovremeno za „pomaknuti među” nije relevantno pravomoćno sudsko rješenje, već je potrebna uporabna dozvola, odnosno potvrda glavnog projekta.³¹

u suštini se radi o zahtjevu za uređenje međa između susjednih nekretnina, te da su stranke suglasne da im za ubuduće bude ona granica kako to sud uz pomoć vještaka geometra utvrdi na mjestu. U takvim slučajevima parnični sud bi trebao donijeti rješenje o obustavi postupka ako utvrdi da bi postupak trebalo provesti po pravilima izvanparničnog postupka, a postupak bi se trebao nastaviti kao izvanparnični postupak za uređenje međa.

²⁸ Pravilnik o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima, Narodne novine, br. 86/07, 25/09., 148/09.

²⁹ Vidi Boban, *op. cit.* (bilj. 23.), str. 34.–36.

³⁰ Zakon o prostornom uređenju i gradnji, Narodne novine, br. 76/07, 38/09, 55/11, 90/11, 50/12, 55/12, 80/13.

³¹ Boban, *op. cit.* (bilj. 23.), str. 34 – 36.

4. Iskolčenje objekata/međe

Iskolčenje je postupak prenošenja i označavanja projektiranih dimenzija na terenu, odnosno pod iskolčenjem se podrazumijeva prijenos objekta, linije ili točke na teren. Može se govoriti o iskolčenju međe i iskolčenju objekta.³² Osim postupka iskolčenja zgrada i drugih građevina, iskolčiti se mogu i linije razdiobe ili postojeće međe koje nisu jasno vidljive na terenu, a postoje u arhivskoj katastarskoj građi. Iskolčenjem međnih linija na terenu se definiraju međe sukladno katastarskim podacima.³³ Vlasništvo nad nekretninom osim prava, donosi i neke obveze. Od vlasnika nekretnine/zemljišta očekuje se da zna gdje su granice njegove čestice. Ako ne zna, od geodetskog stručnjaka može zatražiti da mu na terenu pokaže gdje prolaze međne linije njegove čestice. Iskolčenje međe, odnosno međnih linija, postupak je kojim se na terenu određuju granice čestice na temelju katastarskih podataka.³⁴ Ovaj postupak je najvažniji prilikom prodaje ili kupnje zemljišta, jer su česti slučajevi gdje kupac prilikom kupnje kupuje zemljište određene kvadrature, a nakon izmjere se ustanovi da je na terenu stanje sasvim drukčije – u većini slučajeva kvadrata ima manje nego se mislilo.³⁵ Zbog toga je prilikom kupnje vrlo važno zatražiti od prodavatelja da se pokažu međe i da se po mogućnosti obilježe trajnim oznakama, a potom zatražiti geodeta da provjeri poklapaju li se pokazane međe s katastarskom evidencijom u smislu oblika i površine čestice. Na taj način izbjegavaju se nesuglasice i mogući sporovi oko međe, što su dugotrajni i skupi postupci.³⁶

Iskolčenje objekta (građevine) geodetska je usluga koja uključuje prijenos projektiranih elemenata, odnosno dimenzija, položaja točaka i visina objekta definiranih arhitektonskim projektom na teren i to kolčićima na zemlji ili čavlicima na nanosnoj skeli, a prema idejnom ili glavnom projektu. Samo iskolčenje objekta obavlja se na osnovi podataka dobivenih od projekatana kako bi građevinari na gradilištu bili upoznati s dimenzijama objekta.³⁷ Iskolčenje objekta može se izvoditi u više faza, što ovisi o veličini i složenosti objekta. **Iskolčenje objekta** prije gradnje i izrada elaborata iskolčenja zakonska je obaveza za stambene i poslovne građevine. Prije iskolčenja objekta na terenu, važno je osigurati projekt u digitalnom obliku da bi se mogla obaviti priprema za iskolčenje. Nakon ishoda rješenja o uvjetima građenja ili građevinske dozvole, ovlašteni geodet iskolčit će objekt na građevinskoj lokaciji. Izbjegavanje iskolčenja objekta i nepoznavanje točnih međa često rezultira time da objekt završi na krivom mjestu na parceli ili čak na dijelu susjedove parcele, što može biti uzrok dugotrajnih i skupih sudskih sporova i svađa sa susjedima. Investitor zgrade dužan je najkasnije do dana početka radova imati pravomoćan akt

³² Podatak na stranici: <http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/iskolcenje.asp>, posjet 16. 12. 2021. Iskolčenje objekta je geodetska usluga koja uključuje prijenos dimenzija, položaja točaka i visina objekta definiranih arhitektonskim projektom na teren. Iskolčenje međe, tj. međnih linija, postupak je kojim se na terenu određuju granice čestice na temelju katastarskih podataka. Vidi stranicu: <http://geodetskiured.com/iskolcenje/>, posjet 16. 12. 2021.

³³ Tako na stranici: <http://www.geoinfoistra.hr/usluge/iskolcenje-objekta/>, posjet 16. 12. 2021.

³⁴ Čizmić, Šago, Kačer, OZP, str. 270 – 271.

³⁵ Vidi stranicu: <http://www.expert-doo.hr/index.php/geodezija/iskolcenje-gradevina>, posjet 16. 12. 2021.

³⁶ Podatak na stranici: http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/obnova_medje.asp, posjet 16. 12. 2021.

³⁷ Tako na stranici: <http://www.geoanda.hr/Usluge-Iskolcenje-objekata>, posjet 16. 12. 2021.

na temelju kojeg se stječe pravo građenja (rješenje o uvjetima građenja, građevinsku dozvolu ili potvrdu glavnog projekta – ovisno o veličini zgrade) te elaborat iskolčenja građevine.³⁸ U prijavi početka građenja, investitor je dužan navesti izvođača i oznaku elaborata iskolčenja.³⁹

Kod prijave građenja, investitor je dužan navesti oznaku elaborata iskolčenja i njegova izvođača. Stoga je nakon iskolčenja potrebno napraviti elaborat iskolčenja – što je po zakonu obveza prije gradnje. Nužan je za početak gradnje, što je definirano Zakonom o prostornom uređenju i gradnji. Izvođač na gradilištu mora po zakonu imati, uz ostalo, i elaborat iskolčenja građevine. Prije gradnje pristupa se izradi elaborata iskolčenja prema tehničkoj dokumentaciji koja je sastavni dio građevinske dozvole ili rješenja o uvjetima građenja. Elaboratom se objekt smješta unutar međa građevinske čestice prema zadanim uvjetima u položajnom i u visinskom smislu, a zatim se pristupa samom iskolčenju na terenu.

5. Identifikacija nekretnina (katastarskih čestica)

Jedna od geodetskih usluga je i identifikacija ustanovljavanja katastarske oznake nekretnine, odnosno njezina položaja prema njezinoj katastarskoj oznaci uz korištenje katastarskog plana. Ova usluga najčešće se pruža u sljedeće svrhe: kupnja i prodaja nekretnine, ostavinske diobe, diobe obiteljske imovine, dobivanje hipotekarnog kredita i sl.⁴⁰

Svaka katastarska čestica definirana je svojim nazivom, brojem i kulturom. Ako se na terenu netko koristi zemljištem ili objektom, a nisu mu poznati ovi podaci, potrebno je izvršiti identifikaciju, što je čest slučaj u praksi. Identifikacija je često prethodno pitanje kod nekih drugih (sudskih, upravnih) postupaka (parcelacija, razvrgnuće, dioba).⁴¹

Identifikacija nekretnine je postupak uspoređivanja/izjednačavanja zatečenog stanja na terenu s raspoloživom dokumentacijom imovinsko-pravne naravi,⁴² a potrebni dokumenti su: vlasnička dokumentacija: z.k. izvadak (vlasnički list), kopija katastarskog plana, posjedovni list, te tehnička dokumentacija: lokacijska dozvola, građevinska dozvola, uporabna dozvola.⁴³

Postupkom identifikacije strankama se omogućava pronalaženje katastarske čestice na terenu (primjerice kod nasljeđivanja ili kupoprodaje) te se u istom postupku mogu prikazati i katastarske međne linije na terenu. Pri tome je nužno razlikovati ovaj postupak od postupka utvrđivanja/uređenja međe, što provodi nadležni sud, a u tom postupku geodeti mogu samo prikazati katastarske međne linije na terenu.⁴⁴

³⁸ Vidi stranicu: <http://www.geopolis.hr/iskolcenje-kuca-medja.htm>, posjet 16. 12. 2021.

³⁹ Podatak na stranici: <http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/iskolcenje.asp>, posjet 16.12. 2021.

⁴⁰ Podatak na stranici: <http://geodata.com.hr/odjeli/katastar/identifikacija-katastarske-cestice/>, posjet 17. 11. 2021.

⁴¹ Čizmić, Šago, Kačer, OZP, str. 268 – 269.

⁴² Vidi stranicu: http://www.realestatecroatia.com/ger/savjeti_kupoprodaja.asp?id=2, posjet 16. 12. 2021.

⁴³ Podatak na stranici: <http://www.alea.info/hr/savjeti/id/3>, posjet 16. 12. 2021.

⁴⁴ Za postupak uređenja međa vidi: Šago D., Uređenje međa, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 51, br. 3, 2014., str. 601 – 623.; Čizmić, J., Tajić, H., Komentar Zakona o vanparničnom

U postupku identifikacije geodeti utvrđuju činjenično stanje te ga strankama predočavaju ovjerenim geodetskim elaboratom identifikacije nekretnina.⁴⁵

Identifikacija nekretnina uglavnom se traži u područjima izvan gradova i naselja, gdje se nalaze naslijeđena zemljišta, godinama zaboravljena i zapuštena, no ne zbog toga i manje važna zemljišta. Od vlasnika nekretnine očekuje se, a i u njegovu je interesu, da zna gdje se nalaze njegove nekretnine. U tom smislu mogu se razlikovati dva slučaja, odnosno motiva traženja identifikacije nekretnine: prvi kad vlasnik ne zna gdje mu se nalazi čestica, ali ima broj čestice čiji je vlasnik (češće), a geodet u tom slučaju s pomoću katastarskih i zemljišnih podataka pokušava odgonetnuti točan položaj katastarske čestice; nakon čega izlazi na teren te identificira nekretninu/zemljište; pri čemu je dobro odraditi i iskolčenje međe, ako nema čvrste i očite međe na terenu (npr. urušeni suhozid);⁴⁶ drugi kad vlasnik zna gdje mu je čestica, ali ne zna koji je broj i u kojoj se katastarskoj općini nalazi, a taj je slučaj rjeđi i ne predstavlja problem u gradskim područjima jer je i preko adrese moguće doći do informacije, ali dosta komplicira rješavanje problema u zaraslim, udaljenim i brdovitim područjima, gdje su najčešće i podatci katastra loši, zastajeli i netočni. Geodet i u tom slučaju izlazi na teren te snima česticu i okolno područje, a potom u uredu dolazi do rješenja.⁴⁷

Postupak identifikacija katastarske čestice (kod kupoprodaje) trebao bi se u načelu obaviti u prisutnosti vlasnika i/ili posjednika (odnosno prodavatelja) i kupca. Prodavatelj mora pokazati kupcu, uz eventualnu prisutnost svjedoka i/ili međašnih susjeda, granice parcele te međne oznake (uklesane križeve, kamene gomile, podzide, granična stabla, jarke i sl.). Običaj je da kupac zabacuje zemlju (kamen) do granice posjeda sa svoje strane, čime simbolički ulazi u posjed te ujedno pokazuje susjedima međašima da je svjestan granica novokupljenog posjeda.

6. Parcelacija

6.1. Pojam parcelacije

Parcelacija zemljišta je podjela ili spajanje dviju ili više katastarskih čestica, a može se raditi u građevinskom i poljoprivrednom području, ovisno o zahtjevima naručitelja ili urbanističkim uvjetima. Kao takva nije izrijeком definirana zakonskim odredbama. Prema prethodno važećim propisima, parcelacija se definirala kao geodetski postupak kojim se vrši promjena broja, položaja, načina uporabe, oblika i površine parcele (katastarskih čestica) u katastru i zemljišnoj knjizi. Parcelacijom se katastarska čestica dijeli na više dijelova ili spaja, okrupnjuje s postojećim česticama, a cijepanje ili spajanje čestica može se izvesti samo ako su isti vlasnici čestica. Za ovakvu vrstu promjene na nekretnini izrađuje se Parcelacijski elaborat.

postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Privredna štampa, d. o. o., Sarajevo, 2011., str. 498 – 545.

⁴⁵ Identifikacija nekretnina (uz obnavljanje međnih točaka zemljišne čestice na osnovi prikupljenih katastarsko-geodetskih podataka) obavlja se i u sljedeće svrhe: radi utvrđivanja površine i granica zapuštenih parcela; radi kupnje, odnosno prodaje nekretnine, u svrhu diobe nekretnine.

⁴⁶ Tako na stranici: <http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/identifikacija.asp>, posjet 16. 12. 2021.

⁴⁷ Vidi stranicu: <https://www.lemax.hr/hr/usluge/identifikacija.aspx>, posjet 16. 12. 2021.

Namjena parcelacije može biti: formiranje građevinske čestice ili čestica služnih njima (pr., prilazni putovi); formiranje katastarskih čestica radi kupoprodaje nekretnina; formiranje katastarskih čestica u postupku povrata imovine; formiranje katastarskih čestica radi ostavinske diobe; formiranje katastarskih čestica radi dobivanja hipotekarnog kredita; diobe (obiteljske) imovine; okrupnjivanje čestica – (prije komasacija) i sl.⁴⁸

6.2. Postupak parcelacije

Tijek postupka parcelacije dosta je složen. Najčešće stranke žele izvesti samo parcelaciju, koja (sada) nije moguća bez nekog akta tijela graditeljstva, pa se odlučuju zatražiti ili rješenje o uvjetima građenja ili lokacijsku dozvolu kako bi im bila odobrena parcelacija.⁴⁹ Kako za oba slučaja treba imati idejni projekt izrađen od ovlaštenog arhitekta i posebnu geodetsku podlogu, te da je prije izdavanja rješenja o uvjetima građenja potrebno platiti kompletan komunalni i vodni doprinos, ispada da je to vrlo skup postupak, najčešće neisplativ.

Najprije geodetski stručnjak izlazi na teren te snima predmetnu parcelu. Nakon što se predmetna čestica ili čestice snime, dobiveni podatci se kompjuterski obrađuju, isctavaju te se izrađuje parcelacijski elaborat. Ako se radi o poljoprivrednom zemljištu, elaboratu je potrebno priložiti suglasnost na diobu čestica, koju izdaje Agencija za poljoprivredno zemljište (ministarstvo). Ako se, pak, radi o građevinskom zemljištu, elaborat se šalje na suglasnost gradskom uredu za prostorno planiranje i urbanizam. Potom se parcelacijski elaborat predaje u nadležni katastarski ured na pregled i ovjeru. Nakon pregleda i provedbe predmeta u katastru, novonastalo stanje se evidentira u katastarskom planu i operatu. Prijavne listove za zemljišnu knjigu, koji su sastavni dio parcelacijskog elaborata, katastar po protokolu šalje u zemljišnu knjigu. Time se stanje na katastru usklađuje sa stanjem u zemljišnoj knjizi.

Postoje **dva različita postupka parcelacije**: a) parcelacija poljoprivrednog zemljišta i b) parcelacija građevinskog zemljišta.⁵⁰ Da bi saznali u kojem je od ta dva područja neka katastarska čestica, treba se obratiti nadležnom odjelu za prostorno planiranje i urbanizam. Pritom je potrebna kopija katastarskog plana za traženu katastarsku česticu.

⁴⁸ Za provedbu parcelacije zemljišta potrebno je prikupiti sljedeće dokumente: kopiju katastarskog plana; posjedovni list; zemljišnoknjižni izvadak; dozvolu ili suglasnost za formiranje čestice dobivene od Upravnog odjela za provedbu dokumenta prostornog uređenja i gradnje; i potvrdu o namjeni zemljišta i suglasnost Agencije za poljoprivredno zemljište; a dokumenti ne smiju biti stariji od 6 mjeseci. Podatak na stranici: <http://www.gradimo.hr/clanak/sto-je-parcelacija-i-kako-je-provesti/92799>, posjet 17. 11. 2021.

⁴⁹ Detaljnije kod Gagro, B., Kosović Marković, M., Upravnosudska praksa i neka pravna pitanja i dvojbe u primjeni propisa o prostornom građenju i uređenju, rad u zborniku „Prostorno uređenje, gradnja i legalizacija”, Zagreb, 2012., str. 121 – 122.

⁵⁰ Vidi stranicu: <https://www.webgradnja.hr/regulativa/parcelacija/136/>, posjet 17. 11. 2021.

6.3. Parcelacijski elaborat

Parcelacija se provodi s pomoću parcelacijskog elaborata, koji izrađuje ovlaštena geodetska tvrtka.⁵¹ Parcelacijskim elaboratom se u pravilu vlasničko stanje ne mijenja. Mijenjanje vlasničkog stanja moguće je prilaganjem ispravnih kupoprodajnih ugovora parcelacijskom elaboratu. Parcelacijski elaborat je dokument izrađen i ovjeren od ovlaštenoga geodetskog izvoditelja čija je svrha provođenje promjena na zemljištu (parcelacije ili spajanja) u katastru, odnosno zemljišnoj knjizi. Parcelacijski elaborat je geodetski proizvod sastavljen od grafičkih priloga s prikazanim stvarnim i katastarskim stanjem, te niza pisanih iskaza za katastar i zemljišnu knjigu, a temelj je za promjenu stanja u katastru i zemljišnim knjigama. Provodi se u katastru zemljišta, odnosno katastru nekretnina. Nadležno tijelo izdaje potvrdu o usklađenosti parcelacijskog elaborata s navedenim izdanim aktom. Parcelacijski elaborat izrađuje se za potrebe provedbe promjene broja, položaja, oblika, načina uporabe i površine katastarske čestice u katastarskom operatu. Parcelacijski elaborat izrađuje ovlaštena geodetska tvrtka na zahtjev stranke (građana).⁵²

Nakon što katastarski ured potvrdi da je parcelacijski elaborat izrađen u skladu s geodetskim i katastarskim propisima i da se može koristiti za potrebe katastra, promjene nastale parcelacijskim elaboratom prosljeđuju se zemljišnoknjižnom odjelu, koji ih po službenoj dužnosti provodi u zemljišnoj knjizi, a po upisu predmeta šalje se podnositelju zahtjeva rješenje.⁵³

Parcelacijski elaborat služi za formiranje jedne ili više čestica u svrhu: kupnje ili prodaje nekretnina; ostavinske diobe; dobivanja hipotekarnog kredita; diobe obiteljske imovine; rješavanja imovinsko-pravnih odnosa; formiranja građevnih čestica ili čestica služnih njima (prilazni putevi), okrupnjavanja čestica i dr.⁵⁴

Parcelacijske elaborat može se podijeliti na one: a) za diobu ili spajanje katastarskih čestica; i b) za provedbu dokumenata ili akata prostornog uređenja i to: Parcelacijski elaborat za provedbu detaljnog plana uređenja; Parcelacijski elaborat za provedbu urbane komasacije; Parcelacijski elaborat po lokacijskoj dozvoli; Parcelacijski elaborat po rješenju o uvjetima građenja; Parcelacijski elaborat po rješenju o utvrđivanju građevne čestice; Parcelacijski elaborat provedbe dokumenta ili akata prostornog uređenja obvezno sadržava potvrdu tijela nadležnog za prostorno uređenje o njegovoj usklađenosti s dokumentima, odnosno aktima prostornog uređenja.⁵⁵

Parcelacijski elaborat predaje se **na pregled i potvrđivanje** u: nadležni Upravni odjel za prostorno uređenje, gradnju i zaštitu okoliša koji izdaje potvrdu o njegovoj

⁵¹ Parcelacijski elaborati su propisani Zakonom o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, Narodne novine, br. 16/2007, 124/10, 56/13, 121/16, 09/17 (na snazi od 31. 12. 2016.) i Pravilnikom o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima, Narodne novine, br. 86/07.

⁵² Tako na stranici: <https://www.lemax.hr/hr/usluge/parcelacija.aspx>, posjet 17. 11. 2021.

⁵³ Kunić, N., Parcelacijski elaborat za diobu ili spajanje katastarskih čestica, Geodetski list, vol. 65 (88), br. 2., 2011., str. 157 – 164.

⁵⁴ Podatak na stranici: <http://www.geotag.hr/parcelacija-zemljista/>, posjet 17. 11. 2021.

⁵⁵ Postupak izrade parcelacijskog elaborata obuhvaća geodetsku izmjeru na terenu (geodetski stručnjak na terenu snima predmetnu parcelu i parcele koje su u doticaju zadane, odnosno geodetski stručnjak pristupa geodetskoj izmjeri međašnih linija), obradu podataka u uredu (u uredu se radi automatska obrada podataka i iscrtaava crtež CAD programom, odnosno računaju se koordinate snimljenih točaka te kartiraju u neki od CAD programa), prikupljanje podataka iz katastra i zemljišne knjige i samu izradu parcelacijskog elaborata. Čizmić, Šago, Kačer, OZP, str. 275.

usklađenosti s rješenjem o uvjetima građenja, lokacijskom dozvolom, rješenjem o utvrđivanju građevne čestice ili detaljnim planom uređenja; te u nadležni Ured za katastar koji izdaje potvrdu o njegovoj usklađenosti s geodetskim i katastarskim propisima te da odgovara svrsi za koju je izrađen. Zatim se rješavaju imovinsko-pravni odnosi (ako je potrebno) te se elaborat provodi u katastru i zemljišnoj knjizi.⁵⁶

7. Zaključak

Sve veći broj slučajeva i problema u kojima geodeti i pravnici ne mogu samostalno i u razumnom roku iznaći kvalitetno rješenje, potiče sumnju i nepovjerenje u pripadnike geodetske i pravne struke. Spomenuli bismo samo neke od njih: sudski postupak uređenja međa; postupak izvlaštenja; usklađenje zemljišne knjige i katastra; razvrgnuće suvlasničke zajednice, zajedničkog vlasništva i razvrgnuće uspostavom etažnog vlasništva; smetanje posjeda; identifikacija nekretnina; osnivanje zemljišnih knjiga; određivanje položaja državnih i drugih administrativnih granica, te granica javnih i privatnih čestica zemljišta, uključujući uknjižbu tih čestica kod nadležnih uprava; planiranje, razvijanje i novo oblikovanje vlasničkih odnosa među česticama zemljišta i građevinama; utvrđivanje vrijednosti pojedinih zemljišnih čestica i građevina te upravljanje vlasničkim odnosima nad njima; stručni geodetski poslovi za potrebe prostornog uređenja; stručni nadzor; izradu parcelacijskih i drugih geodetskih elaborata za potrebe pojedinačnog prevođenja katastarskih čestica katastra zemljišta u katastarske čestice katastra nekretnina, izradu projekta komasacije poljoprivrednog zemljišta; izradu posebnih geodetskih podloga za zaštićena i štice područja. Jednom riječju, u svim građanskim sudskim i upravnim postupcima vezanim za izmjeru i izmjenu oblika ili površine pojedinih parcela zemljišta koje su predmet rasprave u postupku.

Prostorni podatci temelj su današnjega suvremenog e-društva i imaju ključnu ulogu u gotovo svim područjima ljudske djelatnosti i razvoja društva općenito. Mišljenja smo da bi trebalo povećati ulogu ovlaštenog inženjera geodezije u postupcima vezanim uz katastarsku izmjeru, odnosno službene zemljišne evidencije, s ciljem dobivanja javnih ovlasti, odnosno prijenos dijela javnih ovlasti s države na ovlaštenog inženjera geodezije.⁵⁷

Moramo istaknuti da i nakon sudskog rješenja o uređenju međe, uloga geodeta nije jednostavna, jer su zakoni i propisi, kad je u pitanju geodetsko izvršenje sudske odluke, nedorečeni i nejasni. Do ovakvih problema ne bi dolazilo kada bi sve fizičke i pravne osobe prije sklapanja ugovora angažirale geodete da naprave snimak terena i utvrde međe nespornima, što bi svi susjedi morali potpisati. U slučaju da susjedi ne potpišu geodetu snimak terena s međama kao nespornima, onda kupci ne bi kupili te nekretnine, čime bi se izbjeglo brojne sudske postupke.

⁵⁶ Vidi stranicu: <http://legalis.hr/topic/61499-parcelacija-zemlji%C5%A1ta/>, posjet 10.12. 2021.

⁵⁷ Više Šago, D., Neki aspekti uloge geodeta u sudskim postupcima, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 20., 2013., str. 587 – 598.

THE ROLE OF GEODETS IN SOME JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

(Summary)

Arranged land records are the basis of the economy and the rule of law. Land records must correspond to the actual situation on the ground, and due to the current state of land records, identity with the actual situation on the ground can only be achieved by a new survey. Arranging land records is one of the main challenges of the geodetic profession in the Republic of Croatia, but also of Croatian society as a whole, because without settled property and legal relations there is no progress or legal and social security. The paper also describes the procedure of doing the subdivision elaborate for the division or merging of cadastral parcels.

Keywords: geodets, real estate, abuttal, subdivision documents

LITERATURA:

1. Babić, D., Sudsko uređenje međa, Informator, br. 5422, od 22. 02. 2006., str. 14 – 15.
2. Bebler, M., Utvrđivanje međa kod zemljišnih sporova, Vještak, Hrvatsko društvo sudskih vještaka, Zagreb, br. 2, 1999., str. 37 – 40.
3. Boban, T., Sudsko uređenje međe (evidentiranje međa uređenih u posebnome postupku), Geodetski list, br. 1, 2010., str. 31.–38.
4. Bulka, Z., Susjedska prava – međa, Informator, broj 5498, od 15. 11. 2006., str. 14.
5. Čizmić, J., Tajjić, H., Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Privredna štampa, d. o. o., Sarajevo, 2011., str. 498 – 545.
6. Čizmić, J., Šago, D., Kačer, B., Osnove zemljišnoknjižnog prava, Maribor, Republika Slovenija: University of Maribor Press, 2018.
7. Gagro, B., Kosović Marković, M., Upravnosudska praksa i neka pravna pitanja i dvojbe u primjeni propisa o prostornom građenju i uređenju, rad u zborniku „Prostorno uređenje, gradnja i legalizacija”, Zagreb, 2012., str. 121 – 122.
8. Končić, A., Predložene novine u Pravilniku o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine, Hrvatska gospodarska komora – sektor za trgovinu devetnaesti forum poslovanja nekretninama, str. 11.
9. Kontrec, D., Postupak uređenja međe, Stručno predavanje u organizaciji Hrvatske komore ovlaštenih inženjera geodezije (HKOIG), 11. 3. 2013.
10. Kunić, N., Parcelacijski elaborat za diobu ili spajanje katastarskih čestica, Geodetski list, vol. 65 (88), br. 2., 2011., str. 157 – 164.
11. Miljan, A., Uređenje međa, Naša zakonitost, br. 1, god. VII., Zagreb, 1953., str. 27.

12. Oberman, H., O međi kao pravno-geodetskom pitanju, *Naša zakonitost*, 35., 1982., str. 101 –103.
13. Ružička, B., *Zemljišna knjiga, Povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upis vlasništva posebnog dijela nekretnine*, Novi informator, Zagreb, 2010.
14. Šago, D., Neki aspekti uloge geodeta u sudskim postupcima, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, *Godišnjak* 20., 2013., str. 587 – 598.
15. Šago, D., Uređenje međa, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 51, br. 3, 2014., str. 601 – 623.;
16. Uzelac, J., Uređenje međa, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 28., broj 1, 2007., str. 875.
17. Žuvela, M., Susjedska prava – uređenje međa, *Godišnjak broj 8.*, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Zagreb, 2001., str. 44.

Propisi

1. *Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina*, Narodne novine, br. 112/18.
2. *Zakon o prostornom uređenju i gradnji*, Narodne novine, br. 76/07, 38/09, 55/11, 90/11, 50/12, 55/12, 80/13.
3. *Pravilnik o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima*, Narodne novine, br. 86/07, 25/09. 148/09.
4. *Pravilnik o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine*, Narodne novine, br. 121/13.
5. *Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik) – Narodne novine*, br. 81/97, 109/02, 123/02, 153/02. i 14/05.

Web izvori

1. <http://geodata.com.hr/odjeli/katastar/identifikacija-katastarske-cestice/>, posjet 17. 11. 2021.
2. <http://geodetskiured.com/iskolcenje/>, posjet 16. 12. 2021.
3. <http://legalis.hr/topic/61499-parcelacija-zemlji%C5%A1ta/>, posjet 17. 11. 2021.
4. <http://www.alea.info/hr/savjeti/id/3>, posjet 16. 12. 2021.
5. <http://www.expert-doo.hr/index.php/geodezija/iskolcenje-gradevina>, posjet 16. 12. 2021.
6. <http://www.geoanda.hr/Usluge-Iskolcenje-objekata>, posjet 16. 12. 2021.
7. <http://www.geoinfoistra.hr/usluge/iskolcenje-objekta/>, posjet 16. 12. 2021.
8. <http://www.geopolis.hr/iskolcenje-kuca-medja.htm>, posjet 16. 12. 2021.
9. <http://www.geotag.hr/parcelacija-zemljista/>, posjet 17. 11. 2021.

10. <http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/identifikacija.asp>, posjet 16. 12. 2021.
11. <http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/iskolcenje.asp>, posjet 16. 12. 2021.
12. http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/obnova_medje.asp, posjet 16. 12. 2021.
13. <http://www.gradimo.hr/clanak/sto-je-parcelacija-i-kako-je-provesti/92799>, posjet 17. 11. 2021.
14. http://www.realestatecroatia.com/ger/savjeti_kupoprodaja.asp?id=2, posjet 16. 12. 2021.
15. <https://www.lemax.hr/hr/usluge/identifikacija.aspx>, posjet 16. 12. 2021.
16. <https://www.lemax.hr/hr/usluge/parcelacija.aspx>, posjet 17. 11. 2021.
17. <https://www.webgradnja.hr/regulativa/parcelacija/136/>, posjet 17. 11. 2021.

Д-р Елена Игновска, вонреден професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“, Скопје

СУДСКИ ПОСТАПКИ ВО СЕМЕЈНИ СПОРОВИ ВО КОИ СЕ ЗАСЕГНАТИ ПРАВА И ИНТЕРЕСИ НА ДЕЦА

342.7-053.2:[347.91/95:347.61/64(497.7)

изворна научна статија

Постапките во семејни спорови имаат свои специфики токму поради засегнатоста на правата и интересите на децата. И покрај тоа што националното законодавство изгледа како да се залага (деклараторно) за почитување на правата на детето пред другите засегнати страни, сепак, во праксата, а посебно по изгубените случаи пред ЕСЧП („Митови против Република Македонија“ и „Олури против Северна Македонија“) и трагичниот случај на Т.С. кој не стигна пред ЕСЧП поради неговата прерана смрт, излегува дека не е секогаш така. Ова е поради некои недоречености и застарени одредби во Законот за семејството (на пример, ригидниот концепт дека детето може да се довери на чување и воспитание само на еден од родителите по нивна разделба), поради премногу позитивистичко толкување на Законот без да се води сметка за ратификуваните меѓународни документи (на пример, КПД и член 7 кој бара брза и ургентна регистрација на децата веднаш по нивното раѓање), но и поради конфузната интерпретација на тоа кој е надлежен да ги носи и да ги извршува одлуките (судот или центарот за социјална работа) во постапките во семејни спорови кои засегаат деца.

Клучни зборови: семејни спорови, татковство, мајчинство, деца, брачна претпоставка, доверување на чување и воспитание, издржување.

1. Вовед – посебност на судските постапки во семејни спорови во кои се засегнати права и интереси на деца

Судските постапки во семејни спорови може да вклучуваат деца во постапки во брачни спорови, спорови за доверување деца на чување и воспитание, спорови за издржување и спорови за утврдување и оспорување татковство и мајчинство. Во овие постапки се применуваат одредбите на Законот за парничната постапка, но се посебни и се интегрирани во Законот за семејството.¹ Извршувањето е според Законот за извршувањето (кај паричните

¹ Член 1 од Законот за парничната постапка „Со овој закон се уредуваат правилата на постапката врз основа на кои судот расправа и одлучува во споровите за основните права и обврски на човекот и граѓанинот, за личните и семејните односи на граѓаните како што се работните, трговските, имотните и другите граѓанско-правни спорови, ако со закон за некои од тие спорови не е определено за нив судот да решава според правилата на некоја друга постапка“. Закон за парничната постапка *Службен весник на Република Македонија*. бр. 79/05, 21.9.2005, (пречистен

обврски, на пример издршката), или според други закони за непарични обврски.² Поради тоа што Законот за извршувањето³ (член 1) се применува на судски и административни одлуки што се однесуваат на парични побарувања (суштински различни од одлуките на судот или решенијата на центарот за социјална работа (ЦСР), на пример во постапките за доверување деца на чување и воспитание или во врска со контакти и видувања), Законот за општата управна постапка⁴ пропишува дека „извршувањето на непарични обврски го спроведува јавниот орган што го донел управниот акт во прв степен, дури и кога актот е изменет од страна на второстепениот јавен орган или од Управниот суд“ (член 130 (1)). Исто така, гарантира дека органот на државната управа надлежен за работите од областа на внатрешните работи ќе даде помош во спроведување на извршувањето (член 130 (2)). Понатаму пропишува парична казна која може да претходи на извршувањето (член 133), која, исто така, е пропишана и во Законот за семејството (член 281 (2) и (3)).

Како резултат на тоа што постапките во семејни спорови кои вклучуваат деца се поврзани со статусни или други фактички околности битни за континуирано остварување на правата на детето, а пред сè нивна грижа и заштита, тие се итни.⁵ Процесните аспекти на член 8 (пред сè, правото на приватен и семеен живот) од Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП) се поврзани со правата и интересите заштитени во член 6, параграф 1 (фер и правично судење во разумен рок) од Конвенцијата. Член 6 пропишува право на судска постапка во врска со заштитата на граѓанските права и обврски и е во функција на пошироката слика на заштита на *inter alia*, семејниот живот (Тапија Гаска и Д. против Шпанија,⁶ Бјанки против Швајцарија,⁷ Мекмајкл против Обединетото Кралство,⁸ Голдер против Обединетото Кралство⁹).

Постапките за доверувањедца на чување и воспитание бараат ургентни и ефикасно извршливи одлуки поради тоа што протоколот на време може да го промени *de facto* меритумот. Ова е исто дел од процесните потреби на член 8

текст) 07/2011. Постапките во семејните спорови се сместени во Законот за семејството, *Службен весник на Република Македонија*, 80/1992 (консолидиран текст), меѓу член 222 и член 279.

² Ова е дел од промените вклучени во Акцискиот план на државата откако го изгуби водечкиот случај „Митови против Северна Македонија“, а обновен по губењето на повторувачкиот случај „Олури против Северна Македонија“. Достапен електронски на платформата ЕХЕС. *Action Plan, Mitovi group v. North Macedonia*, Secretariat of the Committee of Ministers, DH-DD(2021)116, 1.2.2021. Водечки случај *Mitovi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, European Court of Human Rights, No. 53565/13, judgment of 16.7.2015 и повторувачки случај *Oluri v. North Macedonia*, European Court of Human Rights, No 3368/18, judgment of 16.1.2020.

³Закон за извршување *Службен весник на Република Македонија* бр. 72/16 и 142/16) и Одлука на Уставен суд У. бр. 143/2016 од 29 ноември 2017 година („Службен весник на РМ“ бр. 178/17) и Одлука на Уставен суд У. бр. 135/2016 од 24 јануари 2018 година („Службен весник на РМ“ бр. 26/18) пречистен текст.

⁴Закон за општата управна постапка, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 145 од 23.7.2015 година.

⁵Член 223 од Законот за семејството.

⁶ *Tapia Gasca and D. v. Spain*, European Court of Human Rights, No. 20272/06, judgment of 22.12.2009.

⁷ *Bianchi v. Switzerland*, European Court of Human Rights, No. 7548/04, judgment of 22.6.2006.

⁸ *McMichael v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, No. 16424/90, judgment of 24.2.1995.

⁹ *Golder v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, No. 4451/170, judgment of 21.2.1975.

ЕКЧП (Рибич против Хрватска¹⁰). Затоа, државите мора, исто така, да обезбедат мерки за да осигурат дека родителските права/обврски ќе бидат соодветно извршени (Ро и другите против Франција,¹¹ Воровжба против Русија,¹² Малек против Полска¹³).

Посебноста на овие постапки се гледа и во фактот што во нив судот има поголем авторитет во испитување на фактите на кои странките ги засноваат своите тужбени барања доколку се однесуваат на нивните заеднички деца, дури и кога тие не се спротивставени меѓу нив.¹⁴ Ограничувањето на диспозицијата на странките се должи на нагласениот јавен интерес и големиот број императивни (*ius cogens*) норми кои ги регулираат семејно-правните односи, а се манифестираат како: неможност постапката да се заврши како резултат на диспозитивни дејствија на странката и неврзаност на судот за барањата на странките.¹⁵ Така, приоритет имаат децата и заштитата на нивните права дури и кога се тие во конфликт со правата и интересите на родителите (на пример, случајот Сахин против Германија¹⁶). Доколку детето и родителот (како негов законски застапник) имаат спротивставени интереси, тогаш центарот за социјална работа треба да постави старател за посебни случаи *ad litem*.¹⁷ Податоците во врска со раѓањето на детето, неговите родители, евентуално подоцнежното признавање, утврдување или оспорување на татковството или мајчинството, посвојување, поставување старател и прекинување на неговата улога (...) треба да се запишани во Матичната книга на родените.¹⁸ Детето треба да се регистрира веднаш по раѓањето за да може да стане субјект во правото и како обврска преземена од член 7 на Конвенцијата за правата на детето (КПД). За жал, голем број случаи покажуваат дека тоа не е секогаш случај.¹⁹

Судовите и другите управни органи треба да демонстрираат сензитивност спрема детските интереси и секогаш да ги земат во преден план. Веќе постои консензус (вклучително во меѓународното право, посебно член 3 од широкоприфатената Конвенција за правата на детето во поддршка на идејата дека во сите одлуки на јавни или приватни институции, судови, управни или законодавни органи кои се однесуваат на правата на децата, нивните интереси

¹⁰ Ribić v. Croatia, European Court of Human Rights, No. 27148/12, judgment of 2.7.2015.

¹¹ Raw and Others v. France, European Court of Human Rights, No. 10131/11, judgment of 7.6.2013.

¹² Vorozhba v. Russia, European Court of Human Rights, No. 57960/11, judgment of 16.1.2015.

¹³ Malec v. Poland, European Court of Human Rights, No. 28623/12, judgment of 28.6.2016.

¹⁴ Член 270 и член 257 од Законот за семејството.

¹⁵ Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., *Граѓанско процесно право, книга прва, Парнично право*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2009, стр. 504.

¹⁶ Sahin v. Germany, European Court of Human Rights, No. 30943/96 and 31871/96, judgment of 8.7.2003.

¹⁷ Член 266 од Законот за семејството.

¹⁸ Член 4 од Законот за матичната евиденција, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 08/95, 15.2.1995.

¹⁹ Види повеќе во Смилевска-Кчева, М., „Нашите невидливи деца. Бездржавјанство кај децата во Македонија“, Македонско здружение на млади правници – <http://myla.org.mk/wp-content/uploads/2016/09/Nasite-nevidlivi-deca.pdf>. Види, исто така, за трагичниот случај на Т. С. – Ignovska E., “Marital Presumption as a Legal Obstacle for Gaining Legal Status for Children lost in Administrative and Judicial Labyrinths in North Macedonia“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 13. No. 1, 2022.

да бидат земено со приоритет (Нелингер и Шрунк против Швајцарија,²⁰ Икс против Латвија²¹). Уште повеќе, детето, во зависност од способноста да формира сопствено мислење, има право на негово слободно изразување, посебно во судски или административни постапки кои се однесуваат на него, непосредно или преку застапник на таков начин што е во согласност со процедуралните правила на националното законодавство (член 12 КПД).

2. Постапки во брачни спорови кога се одлучува и за доверување деца на чување и воспитание и издржување

Брачните спорови можат да се однесуваат на поништување, развод на бракот и утврдување на негово постоење/непостоење. Во услови кога стапката на разводи, глобално, па и во Република Северна Македонија, е во постојан пораст и е релативно висока,²² расте и бројот на деца кои треба да се справуваат со последиците од разделбата на родителите. Последиците на лично ниво можат да бидат различни: психолошки, економски итн., но на системско ниво последиците што ги предизвикува концептот на доверување деца на чување и воспитание кај еден од родителите (најчесто мајката) и издржување за другиот родител (најчесто таткото) во постапка споена со постапката за развод на брак го прават другиот родител секундарен и ги доведуваат во прашање правата на детето да живее и да биде еднакво згрижено во рамките на можностите од двајцата родители (член 9 од КПД). Во овие статистики не влегува бројот на прекинати вонбрачни заедници од едноставна причина што тие не се разведуваат, ниту, пак, официјално се евидентира нивната разделба, па оттаму не се евидентира и бројот на деца кои живеат со разделени родители. Во вакви околности, наместо судот да води посебна постапка за доверување деца на чување и воспитание и издржување, ЦСР ја презема надлежноста за носење одлуки и нивно извршување по раскинување на заедницата за разлика од судот кој има директна надлежност кога се разведува бракот, сепак, оставајќи му ги на центарот дополнителните одлуки за фреквентноста на контактите.²³ Постапката за развод на брак по спогодбен предлог е условена со претходна спогодба за начинот на вршење на родителските одговорности и за издржувањето и воспитувањето на

²⁰ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, European Court of Human Rights, No. 41615/07, judgment of 6.7.2010.

²¹ X v. Latvia, European Court of Human Rights, No. 27853/09, judgment of 26.11.2013.

²² На пример, според последните статистички податоци, во првото тримесечје од 2021 година имало 550 разведени бракови, а во второто тримесечје имало 501 разведен брак, што ни укажува на фактот дека на годишно ниво стапката на разведени бракови и деца кои ќе живеат со разведени родители е релативно висока за мала држава како што е Република Северна Македонија. Дополнително, бројката на деца кои ќе живеат со разделени родители кои никогаш не склучиле брак е надвор од оваа статистика, што значи го зголемува тој број. *Месечен статистички извештај*, Државен завод за статистика, бр. 1.2.21.09, 2021, стр. 24.

²³ Решенија за контакти и видувања на детето со другиот родител носи центарот. Ваквите решенија често не се извршуваат во пракса од родителот кој треба да го предаде детето на видување на другиот родител и потенцијално можат да водат и до кривично дело одземање на малолетник. Види, на пример, Решение XI К. бр. 343/11, Основен суд Скопје I Скопје од 30.11.2012 г. Затоа, треба да се преиспита дали одлуките за контакти и видувања, исто така, треба да ги носи судот (наместо центарот).

децата (малолетни или полнолетни над кои е продолжено вршењето на родителските одговорности), која мора да биде јасна и потполно определена.²⁴ На тој начин, во постапката за развод на брак се одлучува и за доверувањето деца на чување и воспитување, а со оглед на тоа што секогаш тоа е кај еден родител, и за постапката за издржување за другиот родител со кого нема да живее детето.²⁵ Таа спогодба се поднесува писмено или усно на записник. Судот е должен да прибави мислење од ЦСР дали таа е во согласност со интересите на детето и, генерално, ваквиот начин на развод на брак е испитуван доминантно во рамките на спогодбата која се однесува на децата, а не и во поглед на причините за развод на брачните партнери. Во таа смисла, кога во бракоразводниот спор се решава и за чување, издржување и воспитување на децата, судот не е врзан за барањата на странките,²⁶ а го повикува ЦСР кој има надлежност да ја разгледа состојбата, да даде предлог во поглед на статусот на децата, а во таа насока и да изнесува нови факти и докази што не ги навеле странките, да вложува правни средства и да презема други процесни дејства во интерес на децата.²⁷ Центарот ќе го направи истото тоа и кога бракоразводниот спор се води по тужба.²⁸ Дури и повеќе, тој тогаш има можност да утврдува различни факти од оние што ги предложиле странките дури и кога тие не се спорни меѓу нив, а се однесуваат на заедничките малолетни деца.²⁹ Доколку е потребно, во текот на бракоразводниот спор, судот може со решение да определи привремени мерки заради давање издршка на заедничките деца и за нивно доверување на чување и воспитување.³⁰ Кога во бракоразводен спор, или спор за поништување на бракот или утврдување негова ништовност се одлучува и за доверување деца на чување и воспитување, правните последици настануваат заедно со пресудата за развод/поништување на бракот.³¹ Против второстепена одлука за доверување деца на чување и воспитување е дозволена ревизија.³² Извршувањето на овие судски одлуки е на судот според местото на живеење или престојување на родителот кој го бара извршувањето, како и судот на чија територија се наоѓа детето.³³ При спроведувањето присилно извршување, судот води сметка за итноста на постапката и за потребата да се заштити личноста на детето. Судот, откако ќе ги оцени сите околности на случајот, ќе одлучи дали извршувањето ќе го спроведе со изрекување парична казна против лицето кај кого се наоѓа детето или со одземање на детето од тоа лице. Ако целта на извршувањето

²⁴ Член 39 (2) и член 253 од Законот за семејството. Доколку кон спогодбениот предлог за развод не е доставена и спогодба за вршење на родителските одговорности кон децата, судот ќе постапи во согласност со одредбите на Законот за парничната постапка за неуредни поднесоци. Види и Мицковиќ Д., Ристов А., *Семејно право*, „Стоби трејд“, Скопје, 2015, стр. 160.

²⁵ Во постапките за издржување, неретко е случај поранешните партнери да спорат за висината на издршката, често прикривајќи дополнителни средства со цел таа да се намали, а на штета на детето. Види, на пример, Пресуда измена на одлука за издршка IX П-700/09 Основен суд Скопје П Скопје од 15.4.2010 г.

²⁶ Член 272 од Законот за семејството.

²⁷ Член 249 од Законот за семејството.

²⁸ Член 256 од Законот за семејството.

²⁹ Член 267 од Законот за семејството.

³⁰ Член 251 од Законот за семејството.

³¹ Член 273 од Законот за семејството.

³² Член 273 од Законот за семејството.

³³ Член 280 од Законот за семејството.

не може да се постигне со изрекување и извршување на одлуката за парична казна, извршувањето ќе се спроведува со одземање на детето од лицето кај кого детето се наоѓа и со предавање на детето на родителот, односно друго лице или установа на која тоа е доверено на чување, одгледување и воспитание. Во постапката за извршување, судот ќе побара помош од центарот за социјална работа.³⁴

Навидум, овие одредби изгледаат во согласност со КПД и ЕКЧП. Сепак, државата има изгубено неколку случаи пред ЕСЧП кои го докажуваат спротивното (гореспоменатите „Митови против Република Македонија“ и „Олури против Република Северна Македонија“).

Во врска со првиот случај, и покрај тоа што одлуката за чување и воспитание на детето ја донел судот заедно со одлуката за развод на бракот, постоела конфузност во надлежностите, бидејќи Законот за семејството го овластува ЦСР да ја смени одлуката во врска со истото прашање (старателство – термин што често се користи за истата работа). Во оваа смисла, центарот има овластување да го одземе детето од едниот и да му го довери на чување и одгледување на другиот родител доколку првиот не го почитувал решението (член 87 во врска со член 80(4) од Законот за семејството). Ниту една страна во постапката не се повикала на член 280 и член 281 од Законот за семејството кои пропишуваат дека извршувањето на судската одлука е надлежност на судот кој има можност да побара помош од центарот, апострофирајќи ја итноста на постапката заради заштита на интересите на детето. Затоа, нејасно е (во законот и во праксата) дали надлежен за носење/извршување на одлуката е судот (кој само понатаму го овластува центарот да постапува во негово име) или изворно е центарот. ЕСЧП заклучил дека националните власти не успеале да преземат соодветни и ефикасни мерки за да ја извршат одлуката и да го заштитат правото на семеен живот. Судот констатирал дека веројатноста за градење семејна врска или повторно обединување меѓу таткото и детето постепено ќе се намалува доколку не им се дозволени, или им се дозволени, ретки видувања (*mutatis mutandis* Горгулу против Германија³⁵). Во врска со правото на правен лек, според Судот, Владата не доставила соодветни национални закони или пракса кои би ставиле јасно до знаење кој е надлежен за извршување на одлуките на центарот и затоа констатирал повреда на член 13 заедно со член 8 од Конвенцијата.

Како одговор, државата изработи Акциски план во врска со преземениите мерки за избегнување слични повреди во иднина.³⁶ Тие се однесуваат на прекинување на повредите (ефикасно извршување на правата на видување на жалителот) и адекватна отштета за претрпената штета. Државата, исто така, презела дополнителни мерки за спречување идни повреди: 1) носење нов Закон за општата управна постапка и 2) амандмани на Законот за социјалната заштита и Законот за семејството (член 281 (2) и (3)). Поради тоа што Законот за извршувањето (член 1) се применува на судски и административни одлуки што се однесуваат на парични побарувања (суштински различни од решенијата

³⁴ Член 281 од Законот за семејството.

³⁵ *Görgülü v. Germany*, European Court of Human Rights, No. 74969/01, judgment of 26.5.2004.

³⁶ Action Plan, Communication from “the former Yugoslav Republic of Macedonia” concerning the case of *Mitovi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (Application No. 53565/13), Secretariat of the Committee of Ministers, 29/05/2017.

на ЦСР), се промени и Законот за општата управна постапка,³⁷ без притоа да се води сметка дека ваквите одлуки треба да ги носи и извршува судот (кој може да побара помош од ЦСР), а не орган на управата.

Во врска со вториот изгубен случај пред ЕСЧП („Олури против Северна Македонија“), повторно има измешани надлежности – ЦСР наместо судот одлучувал за доверување на детето на чување и воспитание. бидејќи немало постапка за развод на брак пред судот. што било (погрешно) протолкувано како таа да треба да се води пред ЦСР кога се разделува вонбрачна заедница. Дополнително, ЦСР не можел да ја изврши својата одлука. Ова неизвршување траело повеќе од три години и само по себе довело до нова одлука (поразлична од претходната), при што детето му било доверено на таткото, кој одбивал да ѝ го предаде на мајката (за што и добил кривична пресуда).³⁸ Ова е, главно, поради фактот што предметот е во категоријата случаи кои се во ризик поради нивното времетраење (Купингер против Германија³⁹). Затоа, ЕСЧП го одбил приговорот на Владата дека имало злоупотреба на правото на индивидуална жалба и дека не биле исцрпени сите домашни правни лекови (член 34 и член 35 од ЕКЧП). Во врска со меритумот на случајот, Судот констатирал дека интерпретацијата на член 8 од ЕКЧП била разјаснета во многу случаи претходно (на пример, Скозари и Гинта против Италија,⁴⁰ Монори против Романија и Унгарија⁴¹). Имено, заемното уживање на време и друштво го сочинува семејниот живот. Доколку оваа постојана врска е (неправедно) прекината, особено на толку рана возраст на детето, јасно е дека е повредено правото на семеен живот. Затоа, изговорите на центарот за неизвршување на своето решение од 2015 година се ирелевантни, а сторената штета не може соодветно да биде надоместена. Имено, сторената штета со неизвршувањето била причина за дури поголема штета спрема жалителката која се отелотворила во подоцнежното решение од 2018 година кое препознало отуѓување меѓу мајката и ќерката и одобрување старателски права за таткото. Судот констатирал дека работата на центарот била незадоволителна, бидејќи не успеал да ги изврши своите одлуки. И покрај полициската помош, центарот требал да преземе и други присилни мерки за да го изврши своето решение. Понатаму, Судот констатирал нејаснотии во утврдувањето на надлежноста. Последователно, таквата конфузија и недостатокот на ефикасност довеле до понатамошни одложувања што не дозволиле да се развие емотивна врска меѓу мајката и ќерката и, соодветно, повреда на семејниот живот и, подоцнежено, спротивно решение од 2018 година. Дополнително, Судот нашол повреда на член 13 во врска со член 8 од Конвенцијата, препознавајќи дека жалителката немала ефикасен правен лек да изгради и да одржи семеен живот. Имено, член 8 се однесува на *de facto* семејни врски, додека соодветните постапки се сензитивни на време, бидејќи нивно одложување може да спречи тие

³⁷ Види погоре, стр. 2

³⁸ Види повеќе во Игновска Е., „Случајот Олури против Северна Македонија: одложена правда е оспорена правда“, *Justice Observers*, 7.3.2020.

³⁹ *Kuppinger v. Germany*, European Court of Human Rights, No. 62198/11, judgment of 15.4.2015.

⁴⁰ *Scozzari and Giunta v. Italy*, European Court of Human Rights, No 39221/38; 41963198, judgment of 13.7.2000.

⁴¹ *Monory v. Hungary and Romania*, European Court of Human Rights, No. 71099/01, judgment of 4.5.2005.

воопшто да се развијат. Уште повеќе, ниту постојаните барања на жалителката до центарот или кривичната постапка не се покажале како ефикасен правен лек на повредите на нејзините права.

Двата случаја – „Митови“ и „Олури против Северна Македонија“ се однесуваат на слична правна материја: неизвршување на решенијата на центарот што резултира со повреда на член 8 и член 13 во врска со член 8 од ЕКЧП. Ова покажува дека мерките што ги презела државата за да избегне идни повреди по случајот „Митови“ не биле адекватни или дека надлежните државни органи не биле информирани или не биле на ниво на задачата. Според Акцискиот план, центарот требал да обезбеди полициска помош или да преземе други присилни мерки со помош на Министерството за внатрешни работи. Од една страна, може да се смета дека станува збор за изолиран случај кој е резултат на „човечка грешка/пропуштање“. Но, од друга страна, може да се смета и за системска грешка која има потенцијал да се повторува во иднина. Што не е разработено во случајот, а би требало е различната интерпретација на надлежностите на судот наспроти центарот во случаи за доверување деца на чување и воспитување (независно дали по крајот на брачна или вонбрачна заедница). Затоа, државата треба да анализира подлабоко од утврдените повреди во двете пресуди бидејќи тие се последица на релативно стар и неусогласен семејно-правен систем и не можат да се набљудуваат изолирано *per se*. Имено, Законот за семејството е донесен во 1992 година, менуван и дополнуван многу пати, но никогаш хармонизиран во целина и затоа содржи одредби кои се во колизија меѓу стари и нови начела. Дополнително, државата треба да ги дијагностицира националните правни несогласувања со меѓународно ратификуваните документи и праксата на ЕСЧП за да избегне идни злоупотреби на правата.

3. Постапки во спорови за утврдување и оспорување татковство и мајчинство

Актуелните решенија за утврдување и оспорување татковство можат да предизвикаат проблематична примена во практиката и можат да бидат причина за поведување спор пред Европскиот суд за човекови права. Така, на пример, е случајот на Т.С.: дете родено во правните рамки на правната претпоставка на брачно татковство кој живеел со генетскиот татко, различен од сопругот на мајката целиот свој живот, а никогаш не успеал да се запише во Матичната книга на родените поради постоечката брачна претпоставка.⁴² Се поставува прашањето дали може генетски татко од вонбрачна врска паралелна со брачната да оспорува татковство со цел да утврдува свое и дали тоа е во најдобар интерес на детето?⁴³ Понатаму, дали може таткото што го признал детето за свое да биде оспоруван од генетскиот татко на детето доколку тој не знаел за раѓањето и соодветно на тоа бил пасивен? Има многу спорни ситуации во конкретната законска рамка (но и споредбено). Исто така, има многу слични случаи за коишто расправал ЕСЧП, а во контекст на доброутврдените принципи на фер

⁴² Види повеќе во *op.cit.* Ignovska E., *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 13, No. 1, 2022.

⁴³ Види повеќе во случајот M.B. v. the United Kingdom, European Commission on Human Rights, No. 22920/93, judgment of 06.04.1994.

и правично судење (член 6(1), правото на приватен и семеен живот (член 8) и еднаквост и забрана за дискриминација (член 14 ЕКЧП), од една страна, како и правото на информација за генетското потекло и сопствениот идентитет, правна сигурност на семејството и почитување на најдобриот интерес на детето (членови 7, 8, 9 и 3 од КПД), од друга страна.⁴⁴ Така, во националниот контекст има ограничен пристап до судски постапки за утврдување и оспорување на татковство, и тоа:

(1) брачно татковство – од страна на таткото кој се сомнева или генетскиот татко, а по истек на законскиот рок од три месеци по раѓањето на детето – побивање на брачната претпоставка;⁴⁵

(2) признато татковство од подоцнежниот партнер на мајката, а оспорувано од страна на генетскиот татко;⁴⁶

(3) татковство на дете родено со вештачка инсеминација, т. е. потпомогнато оплодување (дониран генетски материјал на брачни или вонбрачни партнери или на сама жена) и посвоено.⁴⁷

Родителските одговорности се утврдуваат различно во зависност од контекстот во кој е зачнато и родено детето (1) без или со потпомогнато оплодување и (2) во брачна врска или надвор од неа.

Доколку детето е родено во брак или 300 дена по развод на бракот, се применува брачната претпоставка дека правен татко на детето е сопругот на мајката.⁴⁸ Претпоставката може да биде оспорена во судска постапка иницирана од сопругот, мајката или детето под одредени услови и во рамки на точно утврден временски рок (вообичаено врз основа на генетска поврзаност).⁴⁹ Законот го изоставува генетскиот татко (доколку е различен од сопругот) ка-

⁴⁴ Види, на пример *Kroon and Others v. the Netherlands*, European Court of Human Rights, No. 18535/91, judgment of 27.10.1994, *Chavdarov v. Bulgaria*, European Court of Human Rights, No. 3465/03, judgment of 21.11. 2010, *Schneider v. Germany*, European Court of Human Rights, No. 17080/07, judgment of 15.09.2011, *Mizzi v. Malta*, European Court of Human Rights, No. 26111/02, judgment of 12.01.2006, *Anayo v. Germany*, European Court of Human Rights, No.20578/07, judgment of 21.12.2010.

⁴⁵ Член 64 и 65 од Законот за семејството.

⁴⁶ Член 59 од Законот за семејството „Изјавата за признавање на татковство, како и изјавата на мајката и детето за согласност со признаеното татковство не може да се отповикуваат“.

⁴⁷ Член 75 од Законот за семејството. За ова, види повеќе во *Ignovska E.*, “The Right to Access to Court in Parental Proceedings for Children of “Unknown Origin“ in the Republic of North Macedonia” *Iustinianus Primus Law Review*, Special issue, 2022.

⁴⁸ Член 50 од Законот за семејството. Види и Пресуда VI. II. П-2296/1, Основен суд Скопје II Скопје од 7.9.2010 г.

⁴⁹ Членови 64–67 од Законот за семејството. Временските рокови за сопругот да оспорува татковство се рестриктивни – 3 месеци откако ќе дознае за раѓањето на детето (член 64, параграф 1). Сепак, дозволено е да бара од Врховниот суд продолжување на тој рок (најдоцна до полнолетство на детето) доколку дознае нови факти и докази што водат до тоа тој да не е татко на детето (член 65). Во оваа смисла, Врховниот суд донел Решение во кое се заклучува дека само сомнеж и психолошки последици како резултат на тоа не се основа за да се прифати барањето и да се продолжи рокот. Види повеќе во Решение на Врховниот суд на Република Македонија, бр. 38/98 од 16.12.1999 г. Види и Решение Х.IX. П-5718/09, Основен суд Скопје II Скопје од 18.5.2010 година за отфрлање тужба за неоснована поради немање одобрување од Врховниот суд за нов рок за поднесување тужба за оспорување татковство. Целта на рестриктивните рокови за предизвикување на генетската поврзаност кои потекнуваат од брачната претпоставка може да бидат објаснети со фактот што законот, прво, дава приоритет на гените како битни во врската, а дури потоа на веќе воспоставените семејни врски со детето.

ко субјект со активна легитимација за иницирање постапка за оспорување на претпоставеното татковство (како прв чекор за утврдување на свое). Неговото правно сродство може да се утврди само доколку мајката или детето иницираат постапка и го оспорат претпоставеното татковство, по што тој може да го „препознае“⁵⁰ своето.⁵¹ Ова значи дека законот ја преферира заштитата на семејниот живот конституирана во брачна кохезија пред генетските врски.⁵² Ваквото резонирање потекнува од две премиси: (1) бракот е конципиран како префериран медиум за засновање семејство и одгледување деца низ историјата и денес, (2) промовирање правна заштита на веќе остварените семејни врски и на тој начин обезбедување правна сигурност.⁵³

Вонбрачната заедница произведува слични правни последици како и бракот кога станува збор за заемното издржување и поделбата на заедничката сопственост.⁵⁴ Еднаш воспоставени права и одговорности на родителите и другите роднини спрема децата и *vice versa* се изедначуваат во својата содржина независно од врската на родителите (брачна или вонбрачна).⁵⁵ Сепак, утврдувањето на родителските права и одговорности не е исто. Во брак, брачната претпоставка е автоматски применлива, додека во вонбрачна заедница родителскиот статус на таткото мора дополнително да биде добиен (со признавање, доколку има согласност, или со судска постапка, доколку нема). Нацрт-препораката или Белата книга предлагаат примена на претпоставката во двата контекста – брак и вонбрачна заедница.⁵⁶ Во таква ситуација, замената на „брач-

⁵⁰ Холандското решение во врска со оваа материја го опишува најпрецизно значењето на таквото признавање со тоа што го заменува зборот „признавање“ со „прифаќање“ на татковството, нагласувајќи дека таткото има намера да прифати да се грижи за детето, а не и да признава свое генетско татковство, ставајќи јасно до знаење дека прифаќањето е правен акт, а не и акт на утврдување на генетската вистина. Види повеќе во Kleijkamp G.A., *Family Life and Family Interests, A Comparative Study on the Influence of the European Convention of Human Rights on Dutch Family Law and the Influence of the United States Constitution on American Family Law*, Kluwer Law International, 1999.

⁵¹ Види, исто така, Решение XXXVI П -4910/09, Основен суд Скопје II Скопје од 12.3.2010 г. со кое се отфрла тужбата поради немање правен интерес и неможност да се утврдува/признава татковство на веќе утврден татко (без претходно да бил оспорен).

⁵² Ignovska E., *Sperm Donation, Single Women and Filiation*, Intersentia, 2015.

⁵³ Ова правно решение е присутно и во други европски законодавства. На пример, во Холандија, трета страна (покрај брачните партнери) не може да го доведе во прашање правното татковство на сопругот на мајката, дури и доколку докаже дека тој (а не сопругот) е генетски татко на детето. Понатаму, според холандското право, сопругот може само под многу строги услови да признае/прифати дете на жена којашто не е негова сопруга. Во Англија, пак, двете ситуации се можни: третата страна надвор од бракот може да го признае детето, како и друг маж од брачна врска која е различна од онаа во која детето е родено. Види повеќе во Vonk, M., *Children and their Parents, A Comparative Study of the Legal Position of Children with Regard to their Intentional and Biological Parents in English and Dutch Law*, Intersentia, 2007, стр. 65. Според националното македонско право, нема забрана маж од друга брачна врска да признае дете на друга жена (различна од сопругата) за негово.

⁵⁴ *Op. cit.* Член 13 од Законот за семејството,.

⁵⁵ *Ibid.*, член 9.

⁵⁶ Види повеќе во *Draft Recommendations on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities, Explanatory Memorandum*, CJ-FA (2011) RAP 5 prov. and *Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – “The White Paper”*, Committee of Experts on Family Law, 2006: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJFA_2006_4e%20Revised%20White%20Paper.pdf.

ната претпоставка“ со „татковска претпоставка“ е поадекватна во смисла на почитување на фактот дека бракот не е единствено место каде што се создаваат семејства, имајќи предвид дека автоматско утврдување на татковството веднаш по раѓање создава посигурен и затоа посакуван амбиент за децата.

Утврдувањето татковство на дете родено надвор од брак (што не мора секогаш да значи и правно уредена вонбрачна заедница) започнува со признавање.⁵⁷ Тоа може да резултира со правно родителство само доколку има согласност од мајката/нејзин старател (доколку таа не е жива или се води за исчезната) и детето кое е постаро од 16 години.⁵⁸ Доколку на признавањето му следува согласност, двете изјави не можат подоцна да бидат повлечени.⁵⁹ Доколку нема согласност, лицето кое тврди дека е татко на детето може да поднесе тужба за утврдување татковство во граѓанска судска постапка и да докажува генетска врска со детето која (евентуално) би го утврдила за татко.⁶⁰ Судско утврдување татковство, исто така, може да бара мајката, старател на детето, и детето (од 18 до 21 година) доколку генетскиот татко не го признае детето.⁶¹ Интересен случај во врска со ваква постапка (утврдување вонбрачно татковство спротивно на волјата на генетскиот татко), а од земја со слична правна традиција и одредби во оваа смисла е случајот пред ЕСЧП – „Микулиќ против Хрватска“.⁶² Законската логика за утврдување татковство на вонбрачно родено дете бара да постои сексуална врска меѓу „наводниот“ татко и мајката во временски период од 180 до 300 дена пред раѓањето на детето (и покрај тоа што денес деца се зачнуваат и без сексуален контакт, на пример со биомедицинско потпомогнато оплодување). Затоа, кога судот одлучува за утврдување татковство на дете ги приоритизира егзактните ДНК-докази во врска со тоа дали постои или не по-

⁵⁷ *Op. cit.*, Член 51 од Законот за семејството.

⁵⁸ *Ibid.*, член 56 и член 57.

⁵⁹ Член 59 од Законот за семејството.

⁶⁰ Член 58 од Законот за семејството.

⁶¹ Член 60 од Законот за семејството.

⁶² *Mikulic v. Croatia*, European Court of Human Rights, No. 53176/99, judgment of 07.02.2002. Случајот „Микулиќ против Хрватска“ се однесува на неможноста за утврдување на татковството на дете родено надвор од брак. Детето и мајката поднесоа тужба за утврдување на татковството пред хрватските судови, како единствен механизам за воспоставување родителска врска со таткото, кој одбиваше да го признае детето за свое. Националното законодавство не наметнуваше обврска за обезбедување судски налог за вршење ДНК-тестови на претпоставениот биолошки татко, како единствен начин да се потврди биолошката врска и да служи како доказ за утврдување на правното татковство. Затоа, мајката, а во име на детето, поднесе и жалба пред ЕСЧП, повикувајќи се на член 8 од ЕКЧП и тврдејќи дека домашните судови не успеале да донесат пресуда по тужбата за утврдување татковство, оставајќи го детето во неизвесност во врска со личниот идентитет опфатен со приватниот и семејниот живот. Жалителите, исто така, се жалеа во согласност со член 6 (1) за долгата постапка за утврдување татковство, што излегуваше надвор од разумниот рок, во согласност со член 13, како и на недостигот на ефикасен правен лек за да се забрза постапката, поради тоа што хрватскиот закон не ги обврзува странките во предметите за утврдување татковство да се подложат на ДНК-тестови. ЕСЧП утврди повреда на членовите 6 (1), 8 и 13, нагласувајќи дека хрватските судови не успеале да го препознаат најдобриот интерес на детето во спорот за татковство. Како последица, постапката за утврдување татковство според хрватскиот закон не постигнува фер рамнотежа помеѓу правото на оној што сака да утврдува и одбивањето на претпоставениот татко да се подложи на ДНК-тестови, како предуслов за воспоставување врска со детето. Случајот претставува битен чекор во признавањето од ЕСЧП на правото на детето да го знае своето генетско потекло како дел од личниот идентитет, а со тоа и приватниот живот, иако тоа немало постоечки семеен живот со претпоставениот татко.

стои генетска врска меѓу родителот и детето, но и врската и заедничкиот живот на мајката и „наводниот“ татко.⁶³

Од горесцитираните законски одредби на Законот за семејството, следува дека доколку детето не е зачнато со потпомогнато оплодување или не е посвоено, главно правило ќе биде дека правен татко ќе биде неговиот генетски татко. Исклучок би бил во две ситуации: (1) кога брачната претпоставка никогаш не била оспорена и покрај тоа што сопругот не е генетски татко, и (2) кога дете од вонбрачна врска е признато од друга личност, а не неговиот генетски татко. Кога веќе е утврден родителскиот однос, децата се еднакви (независно дали се родени во брак или надвор од него).⁶⁴

Логиката на законот зад забраната за водење патернитетни и матернитетни спорови потекнува од прифатената заштита на правното семејство на детето, но и од приоритетот што се дава на генетската врска за утврдување родителски однос во судска постапка. Така, на пример, постапка за утврдување татковство базирана на ДНК-докази би ја загрозила правната сигурност на семејството настанато во брак со брачна претпоставка или, пак, концептот на анонимност во донациите на генетски материјал и на биолошките родители кај посвојувањето. Но, ваквиот концепт на регулирање правно сродство ги класифицира децата во категории по основ на раѓање, ги третира различно и соодветно ги дискриминира (спротивно на членовите 12, 2 и 18 од КПД). Државите-потписнички на ЕКЧП и КПД имаат обврска да ги почитуваат и да ги обезбедат правата на секое дете без дискриминација по ниедна основа, меѓу другото и раѓање или друг статус.

Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување е хармонизиран со Законот за семејството во делот дека донорите немаат никакви родителски права и одговорности спрема зачатото дете на таков начин. Овластените здравствени институции се обврзани да ги заштитат сите лични, медицински и генетски информации за донорите, но и да ги преземат сите неопходни мерки за да се спречи откривање на идентитетот на донорот и неговото семејство.⁶⁵ Сите информации поврзани со потеклото на донорот, неговата здравствена биографија и други раѓања на деца од негови донации треба да бидат службена тајна во Регистарот за донори.⁶⁶ Дете родено со донација на генетски материјал или ембрион кое има 18 години и може да формира сопствено мислење може да побара увид во информациите што се однесуваат на здравствената состојба на донорот во Државниот регистар за биомедицинско потпомогнато оплодување само од медицински оправдана причина и со претходно добиена согласност.⁶⁷

⁶³ Види повеќе, на пример, во Пресудата за утврдување вонбрачно татковство V П-1625/07, Основен суд Скопје II Скопје од 6.10.2010 г. Во случајот, таткото не се појавил на закажан термин за ДНК-анализа 6 пати, по што судот пресудил врз основа на сведоци дека одржувал интимни односи со мајката во период од 180 до 300 дена пред раѓањето на детето, а во отсуство на вешто мислење по вина на тужениот.

⁶⁴ Закон за семејството, член 8 и член 9, како и Закон за наследувањето (Закон за наследувањето, *Службен весник на Република Македонија*, 47/96 (консолидиран текст), член 14 (кој експлицитно пропишува дека за да може некој да се класифицира како наследник, сродството мора да биде утврдено на законски начин).

⁶⁵ Член 7, КПД.

⁶⁶ Член 47 и член 48, КПД.

⁶⁷ Член 57, КПД.

Сепак, оваа одредба не е во конфликт со прифатената анонимност на идентитетот на донорот која ги штити само неговите интереси, а ги запоставува интересите на детето да ги знае своите генетски врски.

Во ваков контекст на правно пропишана анонимност во Република Северна Македонија, постои конфликт на права, и тоа: оние на детето да го знае своето потекло и оние на донорот и правните родители во смисла на почитување на нивната приватност. Правото на детето да го знае своето потекло не може да се исцрпи со едноставна информација за начинот на неговото зачнување. Затоа, сè повеќе новите трендови на донација на генетски материјали промовираат отворен пристап до идентитетот на донорите и заштита на правата на децата во смисла на нивните права да добијат информација за своето генетско потекло. Ова значи дека, на пример, репродуктивната желба на сама жена да зачне дете со донација на сперма треба да биде овозможена само под услови што дозволуваат пристап до информации за детето. Од истите причини, по многу години дебати, Германија дозволи сами жени да зачат дете на овој начин дури во 2021 година.⁶⁸ Ова, секако, не значи утврдување родителски одговорности, бидејќи правното семејство се темели на неколку факти: генетска врска, фактичка семејна врска и намера да се биде родител.⁶⁹ Кога ќе биде јасно дека откривањето на генетската врска не значи автоматски и утврдување родителски одговорности и кога судовите во патернитетни и матернитетни спорови ќе ги анализираат сите факти, нема да има причина да се забранат вакви постапки за децата зачат со донација или посвоени. Ова подразбира и активна обврска на државите-членки на Советот на Европа да создадат систем во којшто интересите на оние што бараат пристап до информации кои се однесуваат на нивниот приватен и семеен живот ќе бидат гарантирани. (дискутирано од ЕСЧП, на пример, во случаите „Годели против Италија“ и „Одиевре против Франција“).⁷⁰ Дури и најпознатите банки за генетски материјал ја променија својата политика на донации и во последно време промовираат неанонимни донации на нивните веб-страници.⁷¹ Тоа го следат и сите современи семејно-правни системи кои се менуваат во согласност со промените и потребите во општеството, третирајќи го правото да се знае потеклото и семејната историја како основно човеково право.

Различниот третман со цел да се зачува анонимен идентитетот на донорите или единството на веќе постоечките семејства и нивната правна сигурност не е пропорционално со штетата причинета на децата и нивните основни права. Напротив, децата се употребени како средства за задоволување на желбата за дете на сами жени или партнери. Доколку судската постапка каде што се преиспитува родителскиот однос нема намера да ја скрие вистината во врска

⁶⁸ Види како се развивала дебатата и праксата во Германија, која во поглед на ова прашање е исклучително богата во Thorn P., Katzoke T., Daniles K., „Semen Donors in Germany: A Study Exploring Motivations and Attitudes“, *Human Reproduction*, Vol. 13, No. 11, 2008, pp. 2415-2420, и DW *No Anonymity for Sperm Donors, Court Rules*, 7.2.2013 <https://www.dw.com/en/no-anonymity-for-sperm-donors-court-rules/a-16582786>;

⁶⁹ *Op. cit.* Ignovska, Intersentia, 2015.

⁷⁰ *Godelli v. Italy*, European Court of Human Rights, No. 33783/09, judgment of 25.09.2012, *Odièvre v. France*, European Court of Human Rights, No. 42326/98, judgment of 13.02.2003.

⁷¹ Види, на пример, на веб-страницата на меѓународната банка за генетски материјал Cryos – <https://www.cryosinternational.com/en-gb/dk-shop/private/>.

со чинот на зачнување и ги балансира биолошките и социјалните факти, нема да има потреба да се компромитираат правата на децата поради правата на возрасните. Државата има задача да дозволи еднаков пристап до правда за сите и да го приспособи семејното право со еволутивната патека на медицината и општеството. Кога ќе биде ова обезбедено, задачата на националните судови ќе биде да ја измерат пропорционалноста меѓу генетиката и фактичкиот семеен живот, давајќи приоритет на најдобрите интереси на детето според анализа на секој конкретен случај посебно. Така, целта може да биде постигната преку отворен судски систем кој ги прифаќа двете реалности и носи одлуки соодветно на тоа, каде што никој не се чувствува дека му е оневозможен пристап до заштита на неговите основни права.

Кога станува збор за утврдување мајчинство на дете родено природно и без потпомогнато оплодување, Законот за семејството имплицитно ја прифаќа римската максима – *mater semper certa est*. Во таа смисла, мајка на детето е жената која го родила, освен доколку не го дала на посвојување (што е исклучок *per se* бидејќи трансферот на статусот се случува подоцна). Мајчинството, исто така, може да се оспорува, но само доколку се докаже дека регистрираната мајка во Изводот од Матичната книга на родените не е мајката којашто го родила детето (која пред воведувањето на биопотпомогнато оплодување со гестациски носител, секогаш се совпаѓаше со генетската мајка). Имајќи предвид дека оспорување мајчинство може да се иницира само доколку детето не било дадено на посвојување, повторно следува заклучок дека во постапка за утврдување мајчинство секогаш ќе биде утврдена генетската мајка.⁷² Дебатите во врска со „сурогат мајчинството“ (со гестациски носител) понудија две можности за нивна регулатива: (1) да се смени основното римско начело и да се смета гестациската носителка за жена која раѓа, но не и за мајка на детето (тоа да биде мајката со намера) од моментот на раѓање (како, на пример, во Грција), и (2) да се задржи римското начело, а да се применат истите правила што се однесуваат на посвојување по раѓањето на детето (како, на пример, во Англија).⁷³ Доколку во едно национално законодавство постои претпоставка дека родителските одговорности настануваат од моментот на раѓање (како, на пример, во Република Северна Македонија⁷⁴), тогаш втората опција е поадек-

⁷² Член 75 од Законот за семејството.

⁷³ Ова е различно уредено во различни држави кои регулираат гестациски бремености. Еден начин на регулирање е да се третира жената која раѓа како мајка и потоа да се трансферира правното мајчинство преку судска одлука спрема мајката со намера. Вака е уредено во Велика Британија и личи на постапка за давање дете на посвојување, но, исто така, и дозволува можност на гестациската носителка да се премисли и да не го даде детето на посвојување. Другиот начин на регулирање е преку обврзувачки договори, авторизирани од страна на судот, а пред трансферот на ембрионот во телото на гестациската носителка (член 1.458 од грчкиот Граѓански законик), и на тој начин родителските одговорности на бенефициентите на потпомогнатото оплодување настануваат од моментот на раѓањето на детето, како исклучок од правилото *mater semper certa est* (член 1.464 од грчкиот Граѓански законик). Слично решение има и во украинското семејно законодавство. Види повеќе во Natzis N.A., “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”, *Social Science and Research Network*, 2010, стр. 3 и 6.

⁷⁴ Член 2 (2) и член 7 од Законот за семејството: „Семејството настанува со раѓање на деца и со посвојување“ и „Родителството настанува со раѓање и посвојување“. Исто така, одлуките во постапките за утврдување/оспорување на татковство и мајчинство имаат дејство *ex tunc*. Затоа, според некои автори (види, на пример, *op. cit.* Јаневски А., Зороска-Камиловска Т. стр.

ватна. Сепак, националниот Закон за биомедицински потпомогнато оплодување вовеле „сурогат мајчинство“ во 2014 година без да води сметка на овие два важни детала и затоа пропушти можност да биде конзистентен со Законот за семејството. Неконзистентноста е во фактот што Законот за семејството има одредби за признавање татковство само (членови 51–59), додека одредбите за признавање на мајчинството не се вклучени (бидејќи Законот тргнува од римската претпоставка и за мајка ја смета жената која родила). Денес, гестациската носителка е обврзана со претходно дадена согласност заверена на нотар да се откаже од признавањето на детето.⁷⁵ Сепак, Законот за семејството не бара признавање на мајката со цел таа да утврди свое мајчинство (тоа е резервирано само за таткото). Дополнително, Законот пропишува дека гестациската носителка нема право да иницира судска постапка за утврдување нејзино мајчинство. Останува конфликтно настанувањето на родителскиот однос со мајката според одредбите за „сурогат мајчинство“ во ЗБМПО и во ЗС каде што родителскиот однос настанува со раѓање и посвојување (член 7).

Одредбите за утврдување/оспорување на татковство и мајчинство не се само проблематични во Република Северна Македонија. Ова е бидејќи секое семејство е со свои специфики и затоа различно од секое друго, па општи одредби понекогаш не можат да ги опфатат сите индивидуални случаи, особено доколку се толкуваат рестриктивно. Има многу случаи пред ЕСЧП со свои специфики во врска со брачната претпоставка. Во случаите кога имало обид да се признае детето од раѓање, брачната претпоставка била проблем за децата родени вонбрачно во паралелна врска со брак, на пример, во следниве случаи: „Крон и другите против Холандија“, „Чавдаров против Бугарија“, „Шнајдер против Германија“, „Мици против Малта“ и „Анајо против Германија“. Сепак, Судот донесе различни одлуки врз основа на спецификите на секој случај посебно (особено доколку сметал дека постоеле други алтернативни начини за да се постигне истата цел, како што е, на пример, во случајот на Чавдаров).

Контекстот на раѓање дете надвор од брак предизвикал неможност да се регистрира генетскиот татко, на пример, во случаите: „Камп и Буруми против Холандија“, „Микулиќ против Хрватска“ и „Јусуф против Холандија“. Признавањето татковство надвор од брак е проблематично во смисла на подоцнежното негово оспорување и утврдување на правно татковство по основ генетска врска по раѓањето на детето. Во таа смисла, случаите „Ахренс против Германија“ и „Кутцор против Германија“ утврдиле правна заштита на веќе постоечките семејства заради нивна правна сигурност. „Сурогат мајчинствата“, исто така, биле проблематични кога станува збор за утврдување на родителските одговорности пред ЕСЧП.⁷⁶ Имајќи го предвид сето ова, сè уште останува фактот дека Судот во Стразбур (неретко) ги третира овие случаи како да се под големо влијание на националниот морал, традиција итн. давајќи широк праг на

520) и покрај тоа што е спорна правната природа на пресудите во патернитетни и матернитетни парници, таа е доминантно деклараторна. Авторите не го отфрлаат целосно параконститутивниот карактер, бидејќи таквите пресуди создаваат нов статусен однос без кој не би можеле да се реализираат правата и обврските што ги следат.

⁷⁵ Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување (консолидиран текст), член 12-б и 12-в.

⁷⁶ Види, на пример, во Ignovska E., „Paradiso and Campanelli v. Italy: Lost in Recognition. Filiation of an Adopted Embryo born by Surrogate Woman in a Foreign Country“, *Strasbourg Observers*, 4.4.2017.

толерантност кога станува збор за примената на член 8 (пар. 1 и пар. 2), т. е. недозволена или дозволена (поради заштита на јавниот интерес) кршење на човековите права. Единствено рестриктивно за толкување е кога жалителот се повикува на заштита од дискриминација и на принципот за најдобар интерес на детето (взривни точки на евентуално „Европско семејно право“).⁷⁷

4. Заклучок

Во врска со постапките за доверување деца на чување и воспитание, пред сè, треба да се решаваат пред надлежни државни органи со стриктно одредена надлежност. Компаративно, и според праксата на ЕСЧП,⁷⁸ тоа се судовите. Ваквите случаи се комплексни и бараат балансирана и разумна процена на интересите на секоја страна со постојана грижа за најдобрите интереси на детето. Судовите се поавторитетни да носат такви одлуки од управните органи (како што е центарот кој секако е преоптоварен со многу други надлежности). Законот за семејството му дава надлежност на судот да одлучува за доверување деца на чување и воспитание во постапките за развод/непостоење на брак/утврдување и оспорување на татковство и мајчинство (член 80). Ова се толкува како судовите да се надлежни само кога доверувањето деца на чување и воспитание (на веќе утврдено родителство) е разгледувано заедно со бракот, а не и кога е разгледувано само по себе (како, на пример, по крајот на вонбрачна заедница или како во случајот „Олури“). Дополнително, штом се утврди надлежност на судот, не би требало да се дозволи надлежност на центарот за менување на одлуките (како што сега дозволува Законот за семејството – член 87- во колизија со член 80- и како во случајот „Олури“).

Второ, според член 6, параграф 1 (во разумен рок), постапките во семејни спорови кои вклучуваат деца секогаш треба да бидат ургентни и ефикасно извршени поради тоа што протоколот на време може да го промени *de facto* меритумот.

Трето, судовите и другите управни органи треба секогаш да судат според најдобриот интерес на детето. Во оваа смисла, во случајот „Олури“, жалителот (или судот) требало да посвети повеќе внимание на правата на детето кое, исто така, има интерес да оствари и одрживидувања и средби со мајката, а нивната негација, исто така, е повреда на член 8 спрема детето.

Четврто, македонскиот законодавец треба сериозно да размисли за промена на Законот за семејството и воведување заедничко (наместо единствено) старателство по прекин на врската на родителите (независно дали брачна или вонбрачна). Ова е во согласност со член 9 од КПД, Начелата на Европското семејно право кои се однесуваат на родителските одговорности (Начело 3:11)⁷⁹ и веќе е пракса во повеќето земји-членки на Советот на Европа. Национално,

⁷⁷ Banda F., Eekelaar J., “International Conceptions of the Family“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 66, October 2017, pp. 833–862.

⁷⁸ Види повеќе во Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, обновено на 31 August 2019 https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf.

⁷⁹ Boele-Woelki et. all *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007.

исто така, е во согласност со членовите 45 и 76 од Законот за семејството, барањата на група родители и Првата детска амбасада „Меѓаши“.⁸⁰ И покрај тоа што правата на родителите во постапките за старателство се фактор кога се балансираат различните права и интереси (Нулингер и Шурук против Швајцарија⁸¹), правата на детето диктираат дека семејните врски треба да се одржат, со исклучок кога семејството е посебно неподобно. Значи, семејните врски може да се прекинат само во исклучителни околности, а кога тие се изгубени, треба да се преземе сè што е потребно за да се обноват или зачуваат. Останува нејасно зошто во националниот контекст не се преземени понатамошни чекори за да се промовира концептот на заедничко „старателство“. Евентуални измени во Законот треба да се набљудуваат низ призмата на детето и неговите интереси да биде чувано и одгледувано од двајцата родители (а не низ призмата на родителите и нивните интереси). Дури и националната терминологија „родителски права“ (како родителите да имаат права врз децата), наместо „родителски одговорности“ (родителите имаат, пред сè, одговорност да се грижат за децата) покажува недостаток на разбирање на меѓународно ратификуваните документи од оваа област.

Во врска со судските постапки кои се однесуваат на утврдување сродство на децата, развојната патека покажува евидентен парадокс: од една страна, има тенденција за нагласување и препознавање на важноста на генетската вистина (на пример, случајот на Манде против Франција⁸²), додека, од друга страна, родителските права и одговорности сè повеќе се утврдуваат спрема лица кои не се генетски родители (на пример, случајот на М. Б. против Велика Британија).

Во последните години, семејниот живот е повеќе анализиран од неговата социјална и функционална страна, со главен нагласок на правата на детето. ЕСЧП преку своите одлуки го рефлектира правниот дух на постојните семејни права: еднаквост (преку забраната за дискриминација) и педоцентризам (преку фокусот на правата на детето).⁸³ Основните начела на правното сродство секогаш биле во насока на поддршка на правната сигурност и заштитата на веќе создадените семејства. Ова е посебно видливо во широката прифатеност на брачната претпоставка и судските постапки во семејни спорови кои наметнуваат рокови за утврдување и оспорување татковство и мајчинство. Порано доминантниот критериум за утврдување на однос родител – дете, денес го губи своето значење поради социјалниот аспект на утврдувањето на тоа што прет-

⁸⁰ Велјаноски М., „Родители бараат измени на Законот за семејството. Заедничко старателство и одговорно родителство и по развод“, *Академик*, 22.6.2015.

⁸¹ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, European Court of Human Rights, No. 41615/07, judgment of 6.7.2010.

⁸² Види на пример во Merckx E., “Mandet v. France: Child’s Duty to Know its Origins prevails over its Wish to Remain in the Dark“, *Strasbourg Observers*, 4.2.2016,

⁸³ Almeida S., “The Right to Respect for (Private and) Family Life in the Case-Law of the ECtHR; the Protection of New Forms of Family“, *Academia.edu*, стр. 25. (https://www.academia.edu/2269426/The_right_to_respect_for_private_and_family_life_in_the_caselaw_of_the_European_Court_of_Human_rights_the_protection_of_new_forms_of_family).

¹¹ други автори сметаат дека начелото на најдобар интерес на детето и одредбите против дискриминација се главни столбови на обединувачко семејно право кое евентуално би можело да се нарече „Европско семејно право“. Види повеќе во Banda F., Eekelaar J., “International Conceptions of the Family“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 66, October 2017, стр. 833–862.

ставува семеен живот. Од овие причини, временските рамки за предизвикување на родителскиот однос имаат цел правно да ја осигурат позицијата на родителот кој ги „врши“ родителските одговорности наспроти родителот кој само „е“ генетски поврзан со детето. Но, дали државата е обврзана да ги регистрира децата веднаш по раѓањето? Што се случува доколку двете реалности, генетската и фактичката, се совпаднаат, а сепак личноста не е во можност да утврдува татковство поради брачната претпоставка на отсутен претпоставен татко? Што се случува доколку нема конфликт меѓу правата на детето, правата на генетскиот и претпоставениот татко, а сепак државата стои цврсто на брачната претпоставка? Или, пак, доколку на цела категорија деца зачат со генетски материјал или посвоени им е забранет пристап до судска инстанција? Дали ова треба да се смета за државно пасивно мешање во приватниот и семејниот живот на личноста? Ова се прашања кои треба сериозно да се земат предвид при анализата на усогласеноста на домашните прописи со ратификуваните меѓународни документи.

Националното семејно право треба да биде реформирано во повеќе аспекти. Во врска со брачната претпоставка и нејзината примена, законот треба да се толкува како генетскиот татко да има активна легитимација да оспорува татковство на сопругот на мајката со цел да може подоцна да утврдува свое татковство (доколу докаже дека има правен интерес, како и интерес во смисла на правата на детето, особено во случаите кога живеат заедно) и подолг период за мајката и нејзиниот сопруг да оспоруваат татковство. Во меѓувреме, постојат и други механизми како да се надминат недостатоците или правните празнини (особено поради тоа што вакви случаи се сензитивни на факторот време и секое одложување може да предизвика непоправливи штети спрема засегнатите). А тоа е со интегративна интерпретација на законите низ призмата на ЕКЧП и праксата на ЕСЧП од страна на практичарите.⁸⁴ Законите треба да се толкуваат имајќи го предвид времето кога биле донесени, еволутивната патека на судската пракса на ЕСЧП и околностите на секој случај посебно. Судот во Стразбур има изјавено неколкупати дека човековите права се концепт што еволуира и дека тие треба да се толкуваат соодветно, а низ призмата на посебностите на секој случај.⁸⁵ Затоа, националните институции, посебно судовите, треба да евалуираат случаи целесобразно, а во согласност со меѓународно ратификуваните документи и судската пракса на ЕСЧП.

⁸⁴ Види, на пример, во Ристик Ј., Треневска З., Деловски В., *Анализа на сѐјенони на користиене и цииирање на судската пракса од страна на националните судови*, Центар за правни истражувања и анализи, Скопје, 2020. Види, исто така, Preshova D., *Judicial Culture and Role of Judges in Developing the Law in North Macedonia*, IDSCS, September, 2021.

⁸⁵ На пример, види повеќе во Lazarova Trajkovska M., „The European Convention on Human Rights: A Living Instrument (keynote speech)“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, Special Issue, 2020.

COURT PROCEEDINGS IN FAMILY DISPUTES IN WHICH THE RIGHTS AND INTERESTS OF CHILDREN ARE AFFECTED

(Summary)

Proceedings in family matters have their own specifics mainly due to particular rights and interests of concerned children. Despite the notion that the national legislation is in favor of children's rights and interests before the other concerned parties, it still seems like that is often not the case in practice, especially after several lost cases in front of the ECtHR (Mitovi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia and Oluri v. North Macedonia) and the tragic case of T.S. which unfortunately never reached the ECtHR because of his death.

This is due to some inconsistent and outdated provisions of the Family Law (for instance, the rigid concept that the child could be under custody of one of the parents - solely after their relationship dissolution), due to the positivistic interpretation of the Law without paying attention on the ratified international documents (such as the CRC - art. 7 that asks for urgent registration of children after their birth), but also due to confused national institutions' competences (Court or Social Care Center) when it comes to proceedings in family matters that involve children.

Key words: proceedings in family matters, fatherhood, motherhood, children, marital presumption, custody and maintenance.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Almeida S., "The Right to Respect for (Private and) Family Life in the Case-Law of the ECtHR; the Protection of New Forms of Family", *Academia.edu*.
2. Banda F., Eekelaar J., "International Conceptions of the Family", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 66, October 2017, pp. 833–862.
3. Banda F., Eekelaar J., "International Conceptions of the Family", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 66, October 2017, pp. 833–862.
4. Boele-Woelki et. all *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007.
5. *Draft Recommendations on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities, Explanatory Memorandum*, CJ-FA (2011) RAP 5 prov.
6. *Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – "The White Paper"*, Committee of Experts on Family Law, 2006:
7. DW, *No Anonymity for Sperm Donors, Court Rules*, 7.2.2013 <https://www.dw.com/en/no-anonymity-for-sperm-donors-court-rules/a-16582786>;
8. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, обновено на 31 August 2019 https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf.

9. Ignovska E. "The Right to Access to Court in Parental Proceedings for Children of "Unknown Origin" in the Republic of North Macedonia"*Iustinianus Primus Law Review*, Special issue, 2022.
10. Ignovska E., "Marital Presumption as a Legal Obstacle for Gaining Legal Status for Children lost in Administrative and Judicial Labyrinths in North Macedonia", *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 13. No. 1, 2022.
11. Ignovska E., "Paradiso and Campanelli v. Italy: Lost in Recognition. Filiation of an Adopted Embryo born by Surrogate Woman in a Foreign Country", *Strasbourg Observers*, 4.4.2017.
12. Ignovska E., *Sperm Donation, Single Women and Filiation*, Intersentia, 2015.
13. Kleijkamp G.A., *Family Life and Family Interests, A Comparative Study on the Influence of the European Convention of Human Rights on Dutch Family Law and the Influence of the United States Constitution on American Family Law*, Kluwer Law International, 1999.
14. Lazarova Trajkovska M., "The European Convention on Human Rights: A Living Instrument (keynote speech)", *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, Special Issue, 2020.
15. Merckx E., "Mandet v. France: Child's Duty to Know its Origins prevails over its Wish to Remain in the Dark", *Strasbourg Observers*, 4.2.2016,
16. Natzis N.A., "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", *Social Science and Research Network*, 2010.
17. Preshova D., *Judicial Culture and Role of Judges in Developing the Law in North Macedonia*, IDSCS, September, 2021.
18. Thorn P., Katzoke T., Daniles K., "Semen Donors in Germany: A Study Exploring Motivations and Attitudes", *Human Reproduction*, Vol. 13, No. 11, 2008, pp. 2415-2420.
19. Vonk, M., *Children and their Parents, A Comparative Study of the Legal Position of Children with Regard to their Intentional and Biological Parents in English and Dutch Law*, Intersentia, 2007.
20. Велјаноски М., „Родители бараат измени на Законот за семејството. Заедничко старателство и одговорно родителство и по развод“, *Академик*, 22.6.2015.
21. Игновска Е., „Случајот Олури против Северна Македонија: одложена правда е оспорена правда“, *Justice Observers*, 7.3.2020.
22. Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., *Граѓанско процесно право, книга прва, Парнично право*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2009.
23. *Месечен статистички извештај*, Државен завод за статистика, бр. 1.2.21.09, 2021.
24. Мицковиќ Д., Ристов А., *Семејно право*, „Стоби трејд“, Скопје, 2015.
25. Решение на Врховниот суд на Република Македонија, бр. 38/98, 16.12.1999.
26. Ристик Ј., Трневска З., Деловски В., *Анализа на состојбата на користење и цитирање на судската пракса од страна на националните судови*, Центар за правни истражувања и анализи, Скопје, 2020.
27. Смилевска-Кчева, М., „Нашите невидливи деца. Бездржавјанство кај

децата во Македонија“, Македонско здружение на млади правници – <http://myla.org.mk/wp-content/uploads/2016/09/Nasite-nevidlivi-deca.pdf>.

Национална регулатива и пракса:

1. Закон за извршување, *Службен весник на Република Македонија* бр. 72/16 и 142/16 и Одлука на Уставен суд У. бр. 143/2016 од 29 ноември 2017 година („Службен весник на РМ“ бр. 178/17) и Одлука на Уставен суд У. бр. 135/2016 од 24 јануари 2018 година („Службен весник на РМ“ бр. 26/18) пречистен текст.
2. Закон за матичната евиденција, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 08/95, 15.2.1995.
3. Закон за наследувањето, *Службен весник на Република Македонија*, 47/96 (консолидиран текст).
4. Закон за општата управна постапка, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 145 од 23.7.2015 година).
5. Закон за парничната постапка *Службен весник на Република Македонија*. бр. 79/05, 21.9.2005 (пречистен текст) 07/2011.
6. Закон за семејството, *Службен весник на Република Македонија*, 80/1992 (консолидиран текст).
7. Решение на Врховниот суд на Република Македонија, бр. 38/98 од 16.12.1999.
8. Решение X.IX. П-5718/09, Основен суд Скопје II Скопје од 18.5.2010.
9. Пресуда VI. П. П-2296/1, Основен суд Скопје II Скопје од 7.9.2010.
10. Пресуда IX П-700/09, Основен Суд Скопје II Скопје од 15.4.2010.
11. Пресуда 5. П-1625/07, Основен суд Скопје II Скопје од 6.10.2010.
12. Решение XI К. Бр. 343/11, Основен Суд Скопје I Скопје од 30.11.2012.
13. Решение XXXVI П -4910/09, Основен суд Скопје II Скопје од 12.3.2010.

Пракса на ЕСЧП и национални документи во однос на национални случаи пред ЕСЧП:

1. Action Plan, Communication from “the former Yugoslav Republic of Macedonia” concerning the case of Mitovi v.”the Former Yugoslav Republic of Macedonia” (Application No. 53565/13), Secretariat of the Committee of Ministers, 29/05/2017.
2. Action Plan, Mitovi group v. North Macedonia, Secretariat of the Committee of Ministers, DH-DD(2021)116, 1.2.2021.
3. Anayo v. Germany, European Court of Human Rights, No.20578/07, judgment of 21.12.2010.
4. Bianchi v. Switzerland, European Court of Human Rights, No. 7548/04,

- judgment of 22.6.2006.
5. Chavdarov v. Bulgaria, European Court of Human Rights, No. 3465/03, judgment of 21.11. 2010. Schneider v. Germany, European Court of Human Rights, No. 17080/07, judgment of 15.09.2011. Mizzi v. Malta, European Court of Human Rights, No. 26111/02, judgment of 12.01.2006.
 6. Godelli v. Italy, European Court of Human Rights, No. 33783/09, judgment of 25.09.2012, Odièvre v. France, European Court of Human Rights, No. 42326/98, judgment of 13.02.2003.
 7. Golder v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, No. 4451/170, judgment of 21.2.1975.
 8. Görgülü v. Germany, European Court of Human Rights, No. 74969/01, judgment of 26.5.2004.
 9. Kroon and Others v. the Netherlands, European Court of Human Rights, No. 18535/91, judgment of 27.10.1994.
 10. Kuppinger V. Germany, No. 62198/11, judgment of 15.4.2015.
 11. M.B. v. the United Kingdom, European Commission on Human Rights, No. 22920/93, judgment of 06.04.1994.
 12. Malec v. Poland, European Court of Human Rights, No. 28623/12, judgment of 28.6.2016.
 13. McMichael v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, No. 16424/90, judgment of 24.2.1995.
 14. Mikulic v. Croatia, European Court of Human Rights, No. 53176/99, judgment of 07.02.2002.
 15. Mitovi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, European Court of Human Rights, No. 53565/13, judgment of 16.7.2015.
 16. Oluri v. North Macedonia, European Court of Human Rights, No 3368/18, judgment of 16.1.2020.
 17. Monory v. Hungary and Romania, European Court of Human Rights, No. 71099/01, judgment of 4.5.2005.
 18. Neulinger and Shuruk v. Switzerland, European Court of Human Rights, No. 41615/07, judgment of 6.7.2010.
 19. Neulinger and Shuruk v. Switzerland, European Court of Human Rights, No. 41615/07, judgment of 6.7.2010.
 20. Raw and Others v. France, European Court of Human Rights, No. 10131/11, judgment of 7.6.2013.
 21. Ribić v. Croatia, European Court of Human Rights, No. 27148/12, judgment of 2.7.2015.
 22. Sahin v. Germany, European Court of Human Rights, No. 30943/96 and 31871/96, judgment of 8.7.2003.
 23. Scozzari and Giunta v. Italy, European Court of Human Rights, No 39221/38; 41963198, judgment of 13.7.2000.
 24. Tapia Gasca and D. v. Spain, European Court of Human Rights, No. 20272/06, judgment of 22.12.2009.
 25. Vorozhba v. Russia, European Court of Human Rights, No. 57960/11, judgment of 16.1.2015.
 26. X v. Latvia, European Court of Human Rights, No. 27853/09, judgment of 26.11.2013.

Dr. sc. Slađana Aras Kramar, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

NOVINE UREDBE (EU) 2020/1783 O IZVOĐENJU DOKAZA U GRAĐANSKIM ILI TRGOVAČKIM STVARIMA

347.94:004]:341.24(4-672EУ)“2020”
изворна научна статија

U cilju ubrzanja i modernizacije, posebice digitalizacije i upotrebe modernih tehnologija u prekograničnom izvođenju dokaza, 2020. godine donesena je nova, preinačena Uredba 2020/1783 o izvođenju dokaza. Cilj rada je raspraviti i analizirati bitne novine te preinačene Uredbe 2020/1783.

U tom kontekstu, raspravlja se o području primjene Uredbe 2020/1783, posebice se analizira pojam „sud“ u sklopu njezine primjene. Potom slijede dijelovi o elektroničkoj komunikaciji, neposrednom izvođenju dokaza putem videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu te pravnim učincima dokaza u elektroničkom obliku. U posebnoj dionici rada dana je analiza nove mogućnosti neposrednog izvođenja dokaza od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika. U zaključnom dijelu rada sadržana je sinteza i evaluacija glavnih rezultata istraživanja.

Ključne riječi: dokaz, elektronička komunikacija, videokonferencija, prekogranično izvođenje dokaza, Uredba (EU) 2020/1783.

1. Uvod

Dana 25. studenoga 2020. godine donesena je preinačena Uredba (EU) 2020/1783 Europskog parlamenta i Vijeća o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima.¹ Uredba je stupila na snagu, dok se pretežna većina njezinih odredaba primjenjuje od 1. srpnja 2022. godine.² Stoga do početka primjene Uredbe 2020/1783 o izvođenju dokaza u primjeni je Uredba koja joj je prethodila, Uredba (EZ) br. 1206/2001 od 28. svibnja 2001. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima.^{3 4}

¹ Uredba (EU) 2020/1783 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima (izvođenje dokaza) (preinaka), *Službeni list Europske unije*, br. L 405/2020, str. 1-39. (u daljnjem tekstu: Uredba 2020/1783).

² V. odredbu čl. 35. Uredbe 2020/1783.

³ Uredba (EZ) br. 1206/2001 od 28. svibnja 2001. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima, *Službeni list Europskih zajednica*, br. L 174/2001, str. 1-24. (u daljnjem tekstu: Uredba 1206/2001).

⁴ V. odredbu čl. 34. Uredbe 2020/1783.

Donošenje preinačene Uredbe 2020/1783 o izvođenju dokaza rezultat je dugogodišnjeg procesa koji je započeo raspravama o primjeni Uredbe 1206/2001 te njezinom evaluacijom. Od stupanja na snagu Uredbe 1206/2001 Komisija je raspravljala o njezinoj primjeni u sklopu različitih sastanaka Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima. Tijekom tih sastanaka Europske pravosudne mreže otvorila su se određena pitanja o području primjene Uredbe 1206/2001, posebice o pojmu građanske i trgovačke stvari te dokaza, o primjeni modernih tehnologija pri prekograničnom izvođenju dokaza, odnosno okolnosti da u mnogim državama članicama još nisu dostupna tehnička sredstva za primjenu videokonferencije te o problemima u komunikaciji među sudom podnositeljem zahtjeva i sudom primateljem zahtjeva.⁵ U konzultacijama s Europskom pravosudnom mrežom izrađen je i Praktični priručnik za primjenu Uredbe 1206/2001 koji je trebao poslužiti kao vodič strankama, sucima, odvjetnicima i središnjim tijelima u cilju boljeg razumijevanja i primjene Uredbe 1206/2001.⁶ Uz to, u razdoblju 2006. i 2007. godine izrađena je studija o primjeni Uredbe 1206/2001 koja se temeljila na odgovorima prikupljenim putem upitnika o primjeni određenih odredaba te Uredbe 1206/2001. Upitnici su bili diseminirani među službenicima središnjih tijela država članica, sucima, odvjetnicima i drugim osobama koje su uključene u primjenu Uredbe 1206/2001.⁷

Temeljem opisanih aktivnosti Komisija je 2007. godine izradila Izvješće o primjeni Uredbe 1206/2001 u kojem je zaključeno da je potrebno poduzeti daljnje napore kako bi se relevantni praktičari upoznali sa sadržajem i mogućnostima Uredbe.⁸ Uz to, istaknuta je potreba poduzimanja odgovarajućih mjera kako bi se osiguralo pravovremeno postupanje po zahtjevima za prekogranično izvođenje dokaza te primjena videokonferencije pri izvođenju dokaza.⁹ Kao odgovor na opisano Izvješće Komisije, Europski parlament je prihvatio 2009.¹⁰ i 2010. godine¹¹ rezolucije u kojima je, među ostalim, pozvao na poduzimanje napora oko treninga praktičara u primjeni Uredbe te širu primjenu moderne tehnologije i videokonferencije pri prekograničnom izvođenju dokaza. Naglašeno je da bi elektronička komunikacija trebala biti redoviti način slanja zahtjeva za prekogranično izvođenje dokaza.¹²

⁵ V. više u Commission of the European Communities, (2007), *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, COM(2007) 769 final, Brussels.

⁶ European Commission, and European Judicial Network in civil and commercial matters, *Practice guide for the application of the Regulation on the Taking of Evidence: Using videoconferencing to obtain evidence in civil and commercial matters under Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001*, Brussels.

⁷ V. u Commission of the European Communities, *op. cit.* (bilj. 5).

⁸ Tako *ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *European Parliament resolution of 10 March 2009 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (2008/2180(INI))*.

¹¹ *European Parliament resolution of 23 November 2010 on civil law, commercial law, family law and private international law aspects of the Action Plan Implementing the Stockholm Programme (2010/2080(INI))*.

¹² Anglmayer, I., (2018), *Modernising judicial cooperation in civil and commercial matters, Revision of Regulations 1393/2007/EC (service of documents) and 1206/2001/EC (taking of evidence)*, European Parliament: European Parliamentary Research Service, str. 8.

2017. godine u sklopu REFIT inicijativa na području pravosuđa i fundamentalnih prava temeljenih na uzajamnom povjerenju, određena je evaluacija i revizija Uredbe 1206/2001 o izvođenju dokaza.¹³ Preporučeno je da Europska komisija istraži načine kako bi se skratilo vrijeme koje je potrebno za prekogranično izvođenje dokaza u sklopu Uredbe.¹⁴ Pritom je primijećeno da neki načini prekograničnog izvođenja dokaza, poput izvođenja dokaza od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika nisu prepoznati u Uredbi 1206/2001.¹⁵ Uz to, u evaluacijskom izvješću je istaknuto da se i dalje komunikacija u sklopu Uredbe 1206/2001 u načelu isključivo temelji na „papirnatoj“ komunikaciji te da se videokonferencija rijetko koristi pri prekograničnom izvođenju dokaza saslušanjem osobe u drugoj državi članici.¹⁶

U cilju ubrzanja i modernizacije, posebice digitalizacije i upotrebe modernih tehnologija u prekograničnom izvođenju dokaza, dana 31. svibnja 2018. godine Komisija je poslala Vijeću Prijedlog za donošenje nove Uredbe o izvođenju dokaza.¹⁷ Navedeni Prijedlog za donošenje nove Uredbe se temeljio na odredabama Uredbe 1206/2001, ali i predvidio određena rješenja u cilju otklanjanja pravne nesigurnosti, promicanja elektroničke komunikacije te upotrebe modernih tehnologija.¹⁸

2020. godine donesena je nova odnosno preinačena Uredba 2020/1783 o izvođenju dokaza. Kao novine očituju se određivanje pojma „sud“ u sklopu primjene Uredbe 2020/1783, postavljanje elektroničke komunikacije kao pravila pri prekograničnom izvođenju dokaza, propisivanje predmnjeve o prihvaćanju zahtjeva za neposrednim izvođenjem dokaza na teritoriju druge države članice u slučaju kad središnje odnosno nadležno tijelo te države članice nije obavijestilo sud podnositelj zahtjeva o tome je li prihvaćen njegov zahtjev, poticanje videokonferencije pri prekograničnom izvođenju dokaza njezinim detaljnijim propisivanjem i upotrebom novog, odgovarajućeg obrasca N putem kojeg se dogovaraju sva tehnička pitanja, među ostalim, i pomoć u pronalaženju tumača. Upotreba videokonferencije u Uredbi 2020/1783 određena je kao pravilo kod neposrednog izvođenja dokaza saslušanjem osobe koja se nalazi u drugoj državi članici. Uredba 2020/1783 sadrži i rješenja o novom načinu prekograničnog izvođenja dokaza uključivanjem diplomatskih agenata ili konzularnih službenika te o uzajamnom prihvaćanju pravnih učinaka isprava u elektroničkom obliku.

¹³ European Commission, (2017), *Annex to the communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2018, An agenda for a more united, stronger and more democratic Europe*, COM(2017) 650 final, Strasbourg.

¹⁴ Maňko, R., (2019), *Revising the Taking of Evidence Regulation*, European Parliament: European Parliamentary Research Service, str. 5.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Tako v. European Commission, (2018), *Commission Staff Working Document, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, SWD(2018) 285 final, Brussels, str. 10-13.

¹⁷ European Commission, (2018), *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, COM(2018) 378 final, Brussels.

¹⁸ V. *ibid.*, str. 8-9.

Cilj rada je raspraviti i analizirati bitne novine preinačene Uredbe 2020/1783 o izvođenju dokaza. U drugom dijelu rada koji slijedi uvodnom određenju, raspravlja se o području primjene Uredbe 2020/1783 i analizira se pojam „sud“ u sklopu primjene te Uredbe (v. *infra ad* 2.). Potom slijede dijelovi o elektroničkoj komunikaciji (v. *infra ad* 3.), neposrednom izvođenju dokaza putem videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu (v. *infra ad* 4.2.) te pravnim učincima dokaza u elektroničkom obliku (v. *infra ad* 5.). U posebnoj dionici rada dana je analiza nove mogućnosti neposrednog izvođenja dokaza od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika (v. *infra ad* 4.3.). U zaključnom dijelu rada sadržana je sinteza i evaluacija glavnih rezultata istraživanja (v. *infra ad* 6.).

2. Područje primjene Uredbe 2020/1783

2.1. Općenito

Uredbom 2020/1783 utvrđena su pravila suradnje među sudovima različitih država članica EU-a u pogledu izvođenja dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima. Ona se primjenjuje u svim državama članicama, osim Danske.¹⁹ Pritom se Uredba 2020/1783 primjenjuje u građanskim ili trgovačkim stvarima u kojima sud države članice, u skladu s pravom te države članice, podnosi zahtjev kojim od nadležnog suda druge države članice traži izvođenje dokaza ili pak traži neposredno izvođenje dokaza u drugoj državi članici (čl. 1. st. 1. Uredbe 2020/1783). Dakle, Uredba 2020/1783 relevantna je samo za postupak pred sudom države članice u kojem postoji prekogranični element u odnosu na drugu državu članicu.²⁰

Bitnu novinu u revidiranom sustavu prekograničnog izvođenja dokaza predstavlja okolnost što je u Uredbi 2020/1783 sadržano određenje pojma „sud“ (v. *infra ad* 2.2.).

Promatrajući vremensko područje primjene, Uredba 2020/1783 je stupila na snagu dvadesetog dana od dana objave u *Službenom listu Europske unije*, dakle, 22. prosinca 2020. godine (čl. 35. st. 1. reč. 1. Uredbe 2020/1783). Međutim, njezine odredbe primjenjuju se tek od 1. srpnja 2022. godine (čl. 35. st. 1. reč. 2. Uredbe 2020/1783). Iznimka od tog pravila odnosi se na odredbu čl. 31. st. 3. Uredbe 2020/1783 o dužnosti država članica da Komisiju obavijeste o drugim tijelima koja su nadležna za izvođenje dokaza u svrhu sudskih postupaka u građanskim ili trgovačkim stvarima. Opisano rješenje iz čl. 31. st. 3. Uredbe 2020/1783 primjenjuje se od 23. ožujka 2022. godine (čl. 35. st. 2. Uredbe 2020/1783). Drugu iznimku predstavlja početak primjene odredbe čl. 7. Uredbe 2020/1783 kojom se uređuje elektronička komunikacija putem decentraliziranog IT sustava (v. *infra ad* 3.). Rješenja o elektroničkoj komunikaciji putem decentraliziranog IT sustava primjenjuju se tek od prvog dana mjeseca koji slijedi nakon razdoblja od tri godine od stupanja na snagu provedbenih akata kojima bi se trebao uspostaviti decentralizirani IT sustav (čl. 25. st. 1. u vezi s čl. 35. st. 3. Uredbe 2020/1783). Navedene provedbene

¹⁹ T. 37. i t. 38. Preambule Uredbe 2020/1783.

²⁰ Usp. Rijavec, V.; Galič, A., (2016), *Assessment of Evidence Regulation*, u Rijavec, V.; Keresteš, T.; Ivanc, T. (eds.), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, str. 351.

akte bi Komisija trebala donijeti do 23. ožujka 2022. godine (čl. 25. st. 2. Uredbe 2020/1783).

2.2. Posebno o pojmu „sud“

Analizirajući područje primjene preinačene Uredbe 2020/1783, novinu predstavlja rješenje Uredbe u kojem je sadržana definicija pojma „sud“. Sud znači sudovi i druga tijela koja izvršavaju pravosudne funkcije, postupaju na temelju ovlasti koju je na njih prenijelo određeno pravosudno tijelo ili djeluju pod nadzorom pravosudnog tijela, te koja su u skladu s nacionalnim pravom nadležna za izvođenje dokaza za potrebe sudskih postupaka u građanskim ili trgovačkim stvarima (čl. 2. t. 1. Uredbe 2020/1783). Uz to, iz odredbe čl. 2. t. 1. Uredbe 2020/1783 izrijeком proizlazi da bi se to drugo tijelo moglo smatrati sudom u smislu Uredbe da bi ono trebalo kao takvo biti priopćeno Komisiji.²¹

Navedeni zahtjev iz čl. 2. t. 1. Uredbe 2020/1783, potreba da je određeno tijelo priopćeno Komisiji kako bi se moglo smatrati sudom, razlikuje se od shvaćanja koje je o tom pitanju izrazio Sud EU-a. U predmetu C-658/17 Sud EU-a shvaćanja je da su poljski javni bilježnici sud u smislu Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju (u daljnjem tekstu: Uredba 650/2012),²² neovisno što ta država članica nije o tome obavijestila Komisiju.²³ Pritom je Sud iznio tumačenje da kod ocjene smatra li se određena osobe ili tijelo sudom treba autonomno ocijeniti jesu li ispunjeni kriteriji koncepta sud izrijeком određeni u čl. 3. st. 2. Uredbe 650/2012.²⁴

Pojam sud u sklopu primjene Uredbe 2020/1783 bi posebice uključivao tijela koja ispunjavaju uvjete za sud u skladu s drugim instrumentima EU-a, kao što su Uredba 650/2012 o nasljeđivanju. Tako prema Uredbi 650/2012 pojam sud obuhvaća ne samo sudove u pravom smislu riječi, nego i javne bilježnike ili registarske urede, odnosno sva ostala tijela i pravne stručnjake s nadležnošću u nasljednim stvarima koji izvršavaju pravosudne funkcije ili postupaju u skladu s prenesenim ovlastima od strane pravosudnog tijela ili postupaju pod nadzorom pravosudnog tijela, uz uvjet da takva druga tijela i pravni stručnjaci jamče nepristranost i pravo svih stranaka na saslušanje i pod uvjetom da njihove odluke prema pravu države članice u kojoj djeluju mogu biti predmet žalbe ili revizije od strane pravosudnog tijela te imaju sličnu valjanost i učinak kao i odluka pravosudnog tijela u istoj stvari (čl. 3. st. 2. Uredbe 650/2012).²⁵ Slično određenje i kriterije koncepta sud sadrže i uredbe iz pojačane suradnje u stvarima bračnoimovinskih režima odnosno u stvarima

²¹ V. odredbu čl. 31. st. 3. Uredbe 2020/1783.

²² Uredba (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, *Službeni list Europske unije*, br. L 201/2012, str. 107-134.

²³ Sud EU-a, predmet C-658/17, WB, od 23. svibnja 2019. godine, ECLI:EU:C:2019:444.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ O pojmu sud u sklopu Uredbe 650/2012, v. i Popescu, D. A., (2014), *Guide on international private law in successions matters*, Alina Chițeală - Onești: Magic Print, str. 31-32.

imovinskih posljedica registriranih partnerstava (v. čl. 3. st. 2. uredbi).²⁶

Pri razmatranju javnih bilježnika i zahtjeva koji proizlaze iz određenog pojma sud, bitno je uzeti u obzir i praksu Suda EU-a u kontekstu primjene Uredbe (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (u daljnjem tekstu: *Uredba Ia*)²⁷ te Uredbe (EZ) br. 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o uvođenju europskog ovršnog naslova za nesporne tražbine (u daljnjem tekstu: *Uredba 805/2004*).²⁸ Prema tumačenju Suda EU-a, naime, hrvatski javni bilježnici u postupcima izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave nisu obuhvaćeni pojmom sud,²⁹ dok bi to bili mađarski javni bilježnici te švedska služba za izvršenje u skraćenim postupcima u vezi s platnim nalogima (v. čl. 3. *Uredbe Ia*; čl. 4. t. 7. Uredbe 805/2004). Budući da je riječ o sumarnim postupcima u vezi s platnim nalogima, treba uzeti da opisana tumačenja Suda EU-a nemaju praktičnu primjenu u sklopu briselskog sustava o prekograničnom izvođenju dokaza.

Na području bračnih predmeta i predmeta roditeljske odgovornosti nova revidirana Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti te o međunarodnoj otmici djece (u daljnjem tekstu: *Uredba II ter*),³⁰ pod pojmom sud podrazumijeva bilo koje tijelo u državama članicama nadležno u stvarima obuhvaćenima područjem primjene te Uredbe (čl. 2. st. 2. t. 1. Uredbe *II ter*). Pritom u Preambuli Uredbe *II ter* izrijeком je određeno da koncept sud obuhvaća i upravna tijela ili druga tijela i osobe, poput javnih bilježnika, koji ostvaruju nadležnost u određenim bračnim predmetima ili predmetima roditeljske odgovornosti (t. 14. Preambule Uredbe *II ter*). Uz to, iz prakse Suda EU-a u primjeni briselskog sustava na području roditeljske odgovornosti temeljenog na Uredbi koja joj je prethodila,³¹ proizlazi da bi se sudom trebala smatrati i upravna (skrbnička)

²⁶ Uredba Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, *Službeni list Europske unije*, br. L 183/2016, str. 1-29.; Uredba Vijeća (EU) 2016/1104 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava, *Službeni list Europske unije*, br. L 183/2016, str. 30-56.

²⁷ Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačena), *Službeni list Europske unije*, br. L 351/2012, str. 1-32.

²⁸ Uredba (EZ) br. 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o uvođenju europskog ovršnog naslova za nesporne tražbine, *Službeni list Europske unije*, br. L 143/2004, str. 15-39.

²⁹ Sud EU-a, predmet C-484/15, *Zulfikarpašić v. Gajera*, od 9. ožujka 2017. godine, ECLI:EU:C:2017:199; predmet C-551/15, *Pula Parking d.o.o. v. Tederahna*, od 9. ožujka 2017. godine, ECLI:EU:C:2017:193. Za analizu citiranih odluka, v. Bratković, M., (2017), *Zašto hrvatski javni bilježnici nisu sud. U povodu tumačenja Uredbe br. 805/2004 i Uredbe Bruxelles I bis u presudama Zulfikarpašić i Pula parking*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 67, no. 2, str. 287-317.

³⁰ Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti te o međunarodnoj otmici djece (preinaka), *Službeni list Europske unije*, br. L 178/2019, str. 1-115. Uredba *II ter* počinje se primjenjivati 1. kolovoza 2022. godine (čl. 105. Uredbe *II ter*).

³¹ Riječ je o Uredbi Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000, *Službeni list Europske unije*, br. L 338/2003, str. 1-29.

tijela u okviru javnopravne zaštite djece budući da su odluke kojima se nalaže trenutno preuzimanje skrbi i smještaj djeteta izvan obitelji obuhvaćene pojmom građanske stvari u smislu tog sustava.³²

3. Elektronička komunikacija i Uredba 2020/1783

Uredba 2020/1783 prihvaća kao pravilo elektroničku komunikaciju. Tako je u t. 7. Preambule Uredbe 2020/1783 naglašeno da bi se trebala upotrebljavati primjerena moderna komunikacijska tehnologija u cilju brzog slanja zahtjeva te komunikacije među državama članicama radi prekograničnog izvođenja dokaza. Zahtjevi i obavijesti koji se dostavljaju temeljem Uredbe 2020/1783 u načelu bi se trebali slati putem sigurnog i pouzdanog decentraliziranog IT sustava, a koji bi se sastojao od mreže nacionalnih IT sustava koji bi bili međusobno povezani i tehnički interoperabilni.³³

Stoga bi trebalo uspostaviti decentralizirani IT sustav za razmjenu podataka u sklopu Uredbe 2020/1783, a koji bi zbog svoje karakteristike omogućavao i razmjenu podataka među državama članicama bez potrebe da u tome sudjeluju institucije EU-a.³⁴ Kao primjer takvog decentraliziranog IT sustava, u Uredbi 2020/1783 navodi se izriječkom sustav e-CODEX.³⁵ Međutim, time se ne dovodi u pitanje mogućnost promjena u upotrebi decentraliziranog IT sustava za razmjenu podataka u skladu s tehnološkim napretkom.³⁶

Države članice dužne su održavati svoje nacionalne IT sustave te su odgovorne kao voditelj obrade u smislu Uredbe (EU) 2016/679³⁷ za obradu, razmjenu odnosno prijenos osobnih podataka.³⁸ Polazeći od različitog stupnja digitalizacije postignutog u pojedinim državama članicama, bitna su rješenja sadržana u odredbi čl. 27. Uredbe 2020/1783. Prema navedenoj odredbi Uredbe 2020/1783 Komisija je odgovorna za izradu, održavanje i budući razvoj referentnog implementacijskog softvera koji bi države članice mogle upotrebljavati kao svoj pozadinski sustav umjesto nacionalnog IT sustava. On bi trebao sadržavati odgovarajuće tehničke mjere te omogućiti organizacijske mjere nužne za osiguranje razine sigurnosti i interoperabilnosti primjerene za razmjenu informacija u kontekstu izvođenja dokaza. Pritom se izrada, održavanje i budući razvoj referentnog implementacijskog softvera financiraju iz

³² Sud EU-a, predmet C-523/07, A, od 2. travnja 2009. godine, ECLI:EU:C:2009:225; predmet C-435/06, C, od 27. studenoga 2007. godine, ECLI:EU:C:2007:714. V. i Carpaneto, L., (2019), *Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation*, u Bergamini, E.; Ragni, C. (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge/Antwerp/Chicago: Intersentia, str. 272.

³³ V. odredbe čl. 7. st. 1. i čl. 2. t. 2. Uredbe 2020/1783.

³⁴ V. t. 7. Preambule i čl. 2. t. 2. Uredbe 2020/1783.

³⁵ Decentralizirani sustav e-CODEX već se primjenjuje u sklopu nekih instrumenata EU-a, posebice u kaznenim predmetima. O sustavu e-CODEX, v. više <https://www.e-codex.eu/faq-e-codex> (pristupljeno 21. 10. 2021.).

³⁶ T. 7. Preambule Uredbe 2020/1783.

³⁷ Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), *Službeni list Europske unije*, br. L 119/2016, str. 1-88.

³⁸ V. čl. 28. Uredbe 2020/1783, t. 10. i t. 11. Preambule Uredbe 2020/1783.

općeg proračuna EU-a (čl. 27. st. 1. Uredbe 2020/1783). O početku primjene rješenja Uredbe 2020/1783 o elektroničkoj komunikaciji putem decentraliziranog IT sustava, v. *supra ad 2.1.*

Prema odredbi čl. 7. st. 4. Uredbe 2020/1783, u slučajevima ako elektronička komunikacija putem decentraliziranog IT sustava nije moguća zbog poteškoća u radu tog sustava, prirode pojedinog dokaza (primjerice, pri slanju DNK-a ili uzoraka krvi, i sl.) ili iznimnih okolnosti, dostava zahtjeva i drugih obavijesti izvršava se najbržim i najprikladnijim alternativnim sredstvom, uzimajući u obzir potrebu za osiguravanjem pouzdanosti i sigurnosti. Iz navedenog rješenja Uredbe 2020/1783 proizlazi da bi druga sredstva komunikacije mogla biti primjerenija i u iznimnim okolnostima. Pod iznimnim okolnostima trebalo bi tumačiti slučajeve u kojima bi bilo potrebno konvertiranje opsežne dokumentacije u elektronički oblik, a što bi nadležnim tijelima nametnulo nerazmjerno administrativno opterećenje ili ako bi isprava trebala biti u izvorniku („papirnatom“ obliku) radi ocjene njezine vjerodostojnosti.³⁹

Ako se ne upotrebljava decentralizirani IT sustav, zahtjev je Uredbe 2020/1783 da se dostava provodi putem najprikladnijeg alternativnog sredstva. I u tom slučaju dostava bi se trebala obaviti što brže i na siguran način, primjerice, putem drugih sigurnih elektroničkih sredstava ili poštom.⁴⁰

4. Izvođenje dokaza prema Uredbi 2020/1783

4.1. Općenito

Kao i prema Uredbi 1206/2001, postoje dva načina izvođenja dokaza, i to izvođenje dokaza od strane zamoljenog suda druge države članice te neposredno izvođenje dokaza suda podnositelja zahtjeva u drugoj državi članici (čl. 1. Uredbe 2020/1783). U slučaju neposrednog izvođenja dokaza od strane suda podnositelja zahtjeva na teritoriju druge države članice, ono se može obaviti samo na dobrovoljnoj osnovi, bez primjena mjere prisile (čl. 19. st. 2. Uredbe 2020/1783). Pritom se mora podnijeti zahtjev za neposredno izvođenje dokaza središnjem odnosno nadležnom tijelu države članice na čijem teritoriju se treba izvesti dokaz (čl. 19. st. 1. Uredbe 2020/1783). To je tijelo dužno obavijestiti sud koji je podnio zahtjev u roku od 30 dana o ishodu toga zahtjeva (čl. 19. st. 1. i st. 4. Uredbe 2020/1783).

Novinu predstavljaju rješenja prema kojima sud koji je podnio zahtjev za neposrednim izvođenjem dokaza može središnjem odnosno nadležnom tijelu zamoljene države članice poslati požurnicu ako u roku od 30 dana ne primi obavijest o tome je li on prihvaćen (čl. 19. st. 5. reč. 1. Uredbe 2020/1783). Ako taj sud koji je podnio zahtjev ni u daljnjem roku od 15 dana ne primi obavijest o tome je li njegov zahtjev za neposrednim izvođenjem dokaza na teritoriju druge države članice prihvaćen, tada se smatra da je on prihvaćen (čl. 19. st. 5. reč. 2. Uredbe 2020/1783). Ta je predmnjeva oboriva, odnosno središnje (nadležno) tijelo može se pozvati na razloge za odbijanje neposrednog izvođenja dokaza sve do trenutka stvarnog neposrednog izvođenja dokaza, a što bi trebao obrazložiti izvanrednim okolnostima zbog

³⁹ Tako u t. 12. Preambule Uredbe 2020/1783.

⁴⁰ *Ibid.*

kojih je bio spriječen pravovremeno reagirati na zahtjev za neposrednim izvođenjem dokaza (čl. 19. st. 5. reč. 3. Uredbe 2020/1783). Uzimajući u obzir okolnost da su se u primjeni Uredbe 1206/2001 bilježila kašnjenja u postupanju središnjih tijela po zahtjevima za neposrednim izvođenjem dokaza,⁴¹ bit će interesantno vidjeti kakav će se standard razviti u odnosu na obaranje predmnjeve te na koje će se to izvanredne okolnosti pozivati države članice na čijem je teritoriju potrebno izvesti dokaz.

4.2. Neposredno izvođenje dokaza putem videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu

I Uredba 1206/2001 propisuje mogućnost upotrebe videokonferencije i telefonskih konferencija pri izvođenju dokaza (čl. 17. st. 4. Uredbe 1206/2001). Uredbom 2020/1783, (barem) na normativnoj razini, neposredno izvođenje dokaza putem videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu, postavljeno je kao pravilo ako se treba izvesti dokaz saslušanjem osobe koja se nalazi u drugoj državi članici (*arg. ex* čl. 20. st. 1. Uredbe 2020/1783). Pritom iz odredbe čl. 20. st. 1. Uredbe 2020/1783 proizlazi da to neće biti slučaj, dakle, da se neće na taj način neposredno izvesti dokaz ako takva tehnologija nije dostupna sudu ili ako sud smatra da upotreba te tehnologije nije primjerena s obzirom na neke posebne okolnosti predmeta.⁴²

Polazeći od podataka da se neposredno izvođenje dokaza putem videokonferencije u primjeni Uredbe 1206/2001 rijetko koristilo u praksi,⁴³ može se otvoriti pitanje hoće li normativno poticanje, postavljanjem takvog načina izvođenja dokaza kao pravila u preinačenoj Uredbi, pridonijeti njezinoj češćoj upotrebi. Vidljivo je da je prekogranično neposredno izvođenje dokaza putem videokonferencije u preinačenoj Uredbi 2020/1783 detaljnije propisana, među ostalim, putem odgovarajućeg obrasca N.

Zahtjev za neposredno izvođenje dokaza putem videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu podnosi se putem obrasca N koji je sadržan u Prilogu I. Uredbe 2020/1783. Prije prekograničnog izvođenja dokaza središnje (nadležno) tijelo zamoljene države članice ili sud koji je zadužen za pružanje praktične pomoći pri neposrednom izvođenju dokaza dogovaraju potrebna praktična pitanja koja se odnose na izvođenje dokaza saslušanjem osobe (poput, preferiranog oblika povezivanja, vremena saslušanja, daljnjih pojedinosti oko uspostave poziva putem videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu, i sl.)

⁴¹ Za evaluaciju i probleme u primjeni Uredbe 1206/2001, v. *supra ad* 1.

⁴² Primjena sredstava moderne tehnologije, videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu, pri izvođenju dokaza potiče se i drugim instrumentima u sklopu međunarodnih i europskih inicijativa, poput Modelom europskih pravila o građanskom postupku Europskog pravnog instituta (ELI) i Međunarodnog instituta za ujednačavanje privatnog prava (UNIDROIT). Iako se ELI/UNIDROIT Model pravila u prvom redu odnose na građanski postupak kao takav, određene odredbe reguliraju i postupke s prekograničnim elementom te prekogranično izvođenje dokaza. ELI/UNIDROIT, (2021), *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, Vienna/Rome, str. 255-257. V. i Stürner, M., (2020), *The ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure, Access to Information and Evidence*, u Gascón Inchausti, F.; Hess, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure, Coordination or Harmonisation?*, Cambridge: Intersentia, str. 209-210, 219-221.

⁴³ Za evaluaciju i probleme u primjeni Uredbe 1206/2001, v. *supra ad* 1.

(čl. 20. st. 2. reč. 2. Uredbe 2020/1783). Novinu predstavlja i rješenje iz čl. 20. st. 2. Uredbe 2020/1783 prema kojemu se sudu podnositelju zahtjeva, ako on to zatraži, pruža pomoć u pronalaženju tumača u cilju neposrednog izvođenja dokaza saslušanjem osobe putem videokonferencije.

4.3. Neposredno izvođenje dokaza od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika

Uredba 2020/1783 propisuje mogućnost neposrednog izvođenja dokaza od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika. Države članice u svojem nacionalnom pravu mogu predvidjeti da njihovi sudovi za potrebe postupaka koji su u tijeku od njihovih diplomatskih agenata ili konzularnih službenika mogu zatražiti da na državnom području druge države članice i na području za koje su akreditirani, izvode dokaze saslušanjem osoba koji su državljani države članice koju predstavljaju (čl. 21. Uredbe 2020/1783). Stoga države članice imaju diskrecijsko pravo odlučivati o tome imaju li njezini diplomatski agenti ili konzularni službenici ovlast za izvođenje dokaza u okviru svojih funkcija. Ovaj način neposrednog izvođenja dokaza dopušten je samo u slučaju saslušanja osoba koje su državljani države članice koju ti agenti odnosno službenici predstavljaju; dakle, to ne bi bio slučaj ako postoji potreba saslušanja osoba koji su državljani drugih država članica.⁴⁴

Saslušanje osoba od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika trebalo bi se provoditi u prostorijama diplomatske misije ili konzulata, osim u iznimnim okolnostima kada bi to bilo moguće i izvan tih prostorije (primjerice, kad je potrebno saslušati osobu koja je teško bolesna).⁴⁵ Prema rješenju sadržanom u čl. 21. Uredbe 2020/1783, za ovaj način neposrednog izvođenja dokaza na području druge države članice nije potrebno prethodno uputiti zahtjev središnjem, odnosno nadležnom tijelu te države članice. Pritom se saslušanje od strane diplomatskih agenata odnosno konzularnih službenika može provoditi samo na dobrovoljnoj osnovi, bez primjene mjera prisile. Uz to, ono se provodi u skladu s nacionalnim pravom one države članice koju ti agenti odnosno službenici predstavljaju (čl. 21. Uredbe 2020/1783).

5. Dokaz u elektroničkom obliku

Prema odredbi čl. 8. Uredbe 2020/1783, ispravama („documents“) koje se šalju putem decentraliziranog IT sustava ne uskraćuje se pravni učinak niti se smatra da su nedopuštene kao dokaz u postupku samo na temelju okolnosti što su u elektroničkom obliku. Očita je namjera opisanog rješenja u poticanju i unapređivanju

⁴⁴ Rješenja o izvođenju dokaza diplomatskim putem sadrži i Haška konvencija o izvođenju dokaza u inozemstvu u građanskim ili trgovačkim stvarima iz 1970. godine (v. čl. 15. – 22. Haške konvencije). Međutim, Haška konvencija, pod određenim pretpostavkama, predviđa i mogućnost izvođenja dokaza saslušanjem državljana države u kojoj diplomatski službenik ili konzularni agent obnaša svoju dužnost te državljana treće države. V. u Valdhans, J.; Sehnálek, D., (2015), *The 1970 Hague Evidence Convention, the European Union and the 2001 EU Evidence Regulation – Interfaces*, u van Rhee, C.H.; Uzelac, A. (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure, Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, str. 357.

⁴⁵ Tako u t. 25. Preambule Uredbe 2020/1783.

elektroničkog prekograničnog slanja isprava putem decentraliziranog IT sustava. Međutim, načelom uzajamnog prihvaćanja isprava u elektroničkom obliku ne dovodi se u pitanje ocjena njezinih pravnih učinaka ili pak dopuštenost takvih isprava kao dokaza u skladu s nacionalnim pravom država članica.⁴⁶ Tim načelom ne dovodi se u pitanje ni nacionalno pravo država članica o konverziji isprava.⁴⁷

Vidljivo je, dakle, da Uredba 2020/1783 upućuje na nacionalne sustave država članica u odnosu na pitanja ocjene pravnih učinaka isprava u elektroničkom obliku („*electronic documents*“⁴⁸) te dopuštenosti kao dokaza u postupku pred sudom. Stoga će primjena načela uzajamnog prihvaćanja pravnih učinaka isprava u elektroničkom obliku posebice biti izazovna u nekim državama članicama, poput Hrvatske koja u svojem Zakonu o parničnom postupku⁴⁸ uopće ne određuju ni dokaze ni isprave u elektroničkom obliku.⁴⁹

6. Zaključak

2018. godine približno 3,4 milijuna sudskih postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima u državama članicama EU-a imalo je prekogranični element, a u mnogima od njih bilo je potrebno prekogranično izvesti dokaz.⁵⁰ Stoga je učinkovito prekogranično izvođenje dokaza bitno za pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta općenito, posebno za jednostavno, brzo i za stranke jeftino vođenje postupka u državama članicama. Cilj ove revizije sustava o izvođenju dokaza bio je u njegovoj prilagodbi tehnološkom razvoju, pokušaju da se iskoriste prednosti digitalizacije, postavljanjem kao pravila elektroničke komunikacije u slanju i postupanju po zahtjevu za prekogranično izvođenje dokaza.

Međutim, rješenja o elektroničkoj komunikaciji putem decentraliziranog IT sustava neće se primjenjivati od 1. srpnja 2022. godine, kao ostala pravila preinačene Uredbe 2020/1783, već od prvog dana mjeseca koji slijedi nakon razdoblja od tri godine od stupanja na snagu provedbenih akata kojima bi se trebao uspostaviti decentralizirani IT sustav. Dakle, elektronička komunikacija kako je ona postavljena Uredbom 2020/1783, putem decentraliziranog IT sustava, neće imati praktični domašaj još duže vremensko razdoblje.

Karakteristika je revidiranog sustava i u promicanju upotrebe modernih tehnologija, videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu, kako bi se izveo dokaz saslušanjem osobe koja se nalazi u drugoj državi članici. Prvo, treba

⁴⁶ Tako u t. 13. Preambule Uredbe 2020/1783.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Zakon o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/77 – 35/91; *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07 – v. Odluku USRH od 20. prosinca 2006., 84/08, 96/08 – v. Odluku USRH od 9. srpnja 2008., 123/08 – ispravak, 57/11, 148/11 – pročišćeni tekst, 25/13, 89/14 – v. Odluku USRH od 11. srpnja 2014., 70/19 (u daljnjem tekstu: hrvatski ZPP).

⁴⁹ Određenje dokaza u elektroničkom obliku ne sadrži ni većina drugih europskih zakona o parničnom postupku. U pojedinim zakonima o parničnom postupku sadržane su odredbe o određenim dokazima u elektroničkom obliku, u prvom redu, o ispravama u elektroničkom obliku. Tako u Ivanc, T., (2016), *Theoretical Background of Using Information Technology in Evidence Taking*, u Rijavec, V.; Keresteš, T.; Ivanc, T. (eds.), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, str. 281.

⁵⁰ European Commission, *op. cit.* (bilj. 16), str. 3.

istaknuti da je upotreba videokonferencije detaljnije propisana, posebice u odnosu na tehnička pitanja, preinačenom Uredbom 2020/1783. Uz to, predviđena je i pomoć sudu države članice koji izvodi dokaz u pronalaženju odgovarajućeg tumača za potrebe izvođenja dokaza putem videokonferencije. Time bi se trebalo postići brže i primjerenije prekogranično neposredno izvođenje dokaza. Međutim, mogućnost prekograničnog izvođenja dokaza putem videokonferencije postoji i prema (staroj) Uredbi 1206/2001 te je praksa njezine primjene skromna. Drugim riječima, upotreba videokonferencije odnosno druge tehnologije za komunikaciju na daljinu u postupku pred sudom ovisi o naporima država članica koje one poduzimaju na tom području. Dok neke od njih pokazuju značajne rezultate u elektronifikaciji sudskih postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima, u nekima je tek pandemija uzrokovana virusom COVID-19 potakla rasprave i zakonodavne aktivnosti.

Uredba 2020/1783, različito od Uredbe 1206/2001, sadrži rješenje o uzajamnom prihvaćanju pravnih učinaka isprava u elektroničkom obliku. Navedeno pravilo ima praktično značenje promatrajući vremensku i troškovnu komponentu prekograničnog izvođenja dokaza. S druge strane, ono će predstavljati izazov za neke države članice, poput Hrvatske, čiji nacionalni procesni sustavi ne određuju ni dokaz u elektroničkom obliku ni način na koji će se taj dokaz izvesti.

Prema preinačenoj Uredbi 2020/1783 postoji mogućnost neposrednog izvođenja dokaza od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika jedne države članice na teritoriju druge države članice te unutar područja u kojem obavljaju svoje dužnosti, i to bez prethodnog zahtjeva središnjem odnosno nadležnom tijelu države članice na čijem se teritoriju treba izvesti dokaz. Iako slična rješenja sadrži i Haška konvencija iz 1970. godine, promatrajući (procesno)pravne sustave i temeljna načela pojedinih država članica, otvara se pitanje praktičnog domašaja ovog rješenja Uredbe. Tako, primjerice, prema odredbama hrvatskog Ustava⁵¹ i ZPP-a funkciju suđenja i izvođenja dokaza u parničnom postupku obavljaju suci. U određenim izvanparničnim postupcima u širem smislu, prema odgovarajućim rješenjima u hrvatskom pravu, sudjeluju i javni bilježnici kao povjerenici suda.⁵² Uz to, u sklopu primjene Uredbe 1206/2001 propisano je da neposredno mogu izvoditi dokaz u drugoj državi članici sudac pojedinac ili ovlaštenu član vijeća hrvatskog suda te vještaci koje je hrvatski sud za to ovlastio.⁵³ Stoga, čini se, da nova rješenja Uredbe 2020/1783 o prekograničnom neposrednom izvođenju dokaza od strane diplomatskih agenata ili konzularnih službenika, iz aspekta vođenja sudskog postupka u Hrvatskoj i potrebe izvođenja dokaza saslušanjem hrvatskih državljana na teritoriju druge države članice i neće imati praktično značenje.

Uz pokušaj modernizacije upotrebom novih tehnologija, cilj ove revizije sustava o izvođenju dokaza bio je otkloniti pravnu nesigurnost, posebice u odnosu na njegovo područje primjene. Tako je u Uredbi 2020/1783 sadržano određenje

⁵¹ Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14.

⁵² V. Zakon o nasljeđivanju Republike Hrvatske, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 48/03, 163/03, 35/05 – v. čl. 1164. st. 1. Zakona o obveznim odnosima, 127/13, 33/15, 14/19; Ovršni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 112/12, 25/13 – v. čl. 101. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2013. godine, 93/14, 55/16 – Odluka USRH, br.: U-I-2881/2014 i dr. od 1. 6. 2016., 73/17, 131/20.

⁵³ V. čl. 507.e st. 2. hrvatskog ZPP-a.

pojma sud, a koje bi trebalo tumačiti uzimajući u obzir i druge europske instrumente i praksu Suda EU-a iz područja građanskih i trgovačkih predmeta općenito, bračnih predmeta, predmeta roditeljske odgovornosti te nasljeđivanja. Stoga bi koncept sud u sklopu primjene preinačene Uredbe 2020/1783 obuhvaćao ne samo sud u užem smislu, već i javne bilježnike i javnopravna tijela (poput, skrbničkih tijela, i sl.) koji izvršavaju pravosudne funkcije, odnosno postupaju na temelju ovlasti koju je na njih prenijelo određeno pravosudno tijelo ili djeluju pod nadzorom pravosudnog tijela, te koja su u skladu s nacionalnim pravom države članice nadležna za izvođenje dokaza za potrebe sudskih postupaka u građanskim ili trgovačkim stvarima. Opisanom definicijom pojma sud nisu (i dalje) obuhvaćeni arbitražni sudovi,⁵⁴ a time i njihovi zahtjevi za prekogranično izvođenje dokaza, koji imaju bitnu ulogu u prekograničnom trgovačkom prometu država članica.

⁵⁴ Usp. u odnosu na Uredbu 1206/2001, Rijavec, V.; Galič, A., *op. cit.* (bilj. 20), str. 358.

NOVELTIES OF THE REGULATION (EU) 2020/1783 ON THE TAKING OF EVIDENCE IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS

(Summary)

In order to speed up and modernise the cross-border taking of evidence, in particular through digitalisation of the process and the use of modern technology, a new, revised Regulation 2020/1783 on the taking of evidence was adopted in 2020. The aim of the paper is to discuss and analyse important novelties of the revised Regulation 2020/1783.

In this context, the scope of application of the Regulation 2020/1783 is discussed, in particular the notion of “court” in its application. Then follow parts on electronic communication, the direct taking of evidence by using videoconferencing or other distance communications technology, and on the legal effects of evidence in electronic form. In a special part of the paper, a new possibility of direct taking of evidence by diplomatic agents or consular officers is analysed. The concluding part of the paper contains a synthesis and evaluation of the main research results.

Keywords: evidence, electronic communication, videoconferencing, cross-border taking of evidence, the Regulation (EU) 2020/1783.

LITERATURA:

1. Anglmayer, I., (2018), *Modernising judicial cooperation in civil and commercial matters, Revision of Regulations 1393/2007/EC (service of documents) and 1206/2001/EC (taking of evidence)*, European Parliament: European Parliamentary Research Service.
2. Bratković, M., (2017), *Zašto hrvatski javni bilježnici nisu sud. U povodu tumačenja Uredbe br. 805/2004 i Uredbe Bruxelles I bis u presudama Zulfikarpašić i Pula parking*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 67, no. 2, str. 287-317.
3. Carpaneto, L., (2019), *Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation*, u Bergamini, E.; Ragni, C. (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge/Antwerp/Chicago: Intersentia, str. 265-285.
4. Commission of the European Communities, (2007), *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, COM(2007) 769 final, Brussels.
5. e-CODEX, dostupno na: <https://www.e-codex.eu/faq-e-codex> (pristupljeno 21. 10. 2021.).
6. ELI/UNIDROIT, (2021), *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, Vienna/Rome.

7. European Commission, (2017), *Annex to the communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2018, An agenda for a more united, stronger and more democratic Europe*, COM(2017) 650 final, Strasbourg.
8. European Commission, (2018), *Commission Staff Working Document, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, SWD(2018) 285 final, Brussels.
9. European Commission, (2018), *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, COM(2018) 378 final, Brussels.
10. European Commission, and European Judicial Network in civil and commercial matters, *Practice guide for the application of the Regulation on the Taking of Evidence*, Brussels.
11. European Commission, and European Judicial Network in civil and commercial matters, *Using videoconferencing to obtain evidence in civil and commercial matters under Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001*, Brussels.
12. *European Parliament resolution of 10 March 2009 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (2008/2180(INI))*.
13. *European Parliament resolution of 23 November 2010 on civil law, commercial law, family law and private international law aspects of the Action Plan Implementing the Stockholm Programme (2010/2080(INI))*.
14. Haška konvencija o izvođenju dokaza u inozemstvu u građanskim ili trgovačkim stvarima iz 1970. godine.
15. Ivanc, T., (2016), *Theoretical Background of Using Information Technology in Evidence Taking*, u Rijavec, V.; Keresteš, T.; Ivanc, T. (eds.), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, str. 265-300.
16. Maňko, R., (2019), *Revising the Taking of Evidence Regulation*, European Parliament: European Parliamentary Research Service.
17. Ovršni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 112/12, 25/13 – v. čl. 101. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2013. godine, 93/14, 55/16 – Odluka USRH, br.: U-I-2881/2014 i dr. od 1. 6. 2016., 73/17, 131/20.
18. Popescu, D. A., (2014), *Guide on international private law in successions matters*, Alina Chițeală - Onești: Magic Print.
19. Rijavec, V.; Galič, A., (2016), *Assessment of Evidence Regulation*, u Rijavec, V.; Keresteš, T.; Ivanc, T. (eds.), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, str. 351-393.

20. Stürner, M., (2020), *The ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure, Access to Information and Evidence*, u Gascón Inchausti, F.; Hess, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure, Coordination or Harmonisation?*, Cambridge: Intersentia, str. 205-221.
21. Sud EU-a, predmet C-435/06, C, od 27. studenoga 2007. godine, ECLI:EU:C:2007:714.
22. Sud EU-a, predmet C-484/15, Zulfikarpašić v. Gajera, od 9. ožujka 2017. godine, ECLI:EU:C:2017:199.
23. Sud EU-a, predmet C-523/07, A, od 2. travnja 2009. godine, ECLI:EU:C:2009:225.
24. Sud EU-a, predmet C-551/15, Pula Parking d.o.o. v. Tederahna, od 9. ožujka 2017. godine, ECLI:EU:C:2017:193.
25. Sud EU-a, predmet C-658/17, WB, od 23. svibnja 2019. godine, ECLI:EU:C:2019:444.
26. Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), *Službeni list Europske unije*, br. L 119/2016, str. 1-88.
27. Uredba (EU) 2020/1783 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima (izvođenje dokaza) (preinaka), *Službeni list Europske unije*, br. L 405/2020, str. 1-39.
28. Uredba (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, *Službeni list Europske unije*, br. L 201/2012, str. 107-134.
29. Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačena), *Službeni list Europske unije*, br. L 351/2012, str. 1-32.
30. Uredba (EZ) br. 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o uvođenju europskog ovršnog naslova za nesporne tražbine, *Službeni list Europske unije*, br. L 143/2004, str. 15-39.
31. Uredba (EZ) br. 1206/2001 od 28. svibnja 2001. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima, *Službeni list Europskih zajednica*, br. L 174/2001, str. 1-24.
32. Uredba Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, *Službeni list Europske unije*, br. L 183/2016, str. 1-29.
33. Uredba Vijeća (EU) 2016/1104 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava, *Službeni list Europske unije*, br. L 183/2016, str. 30-56.

34. Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti te o međunarodnoj otmici djece (preinaka), *Službeni list Europske unije*, br. L 178/2019, str. 1-115.
35. Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000, *Službeni list Europske unije*, br. L 338/2003, str. 1-29.
36. Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14.
37. Valdians, J.; Sehnálek, D., (2015), *The 1970 Hague Evidence Convention, the European Union and the 2001 EU Evidence Regulation – Interfaces*, u van Rhee, C.H.; Uzelac, A. (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure, Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, str. 337-362.
38. Zakon o nasljeđivanju Republike Hrvatske, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 48/03, 163/03, 35/05 – v. čl. 1164. st. 1. Zakona o obveznim odnosima, 127/13, 33/15, 14/19.
39. Zakon o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/77 – 35/91; *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07 – v. Odluku USRH od 20. prosinca 2006., 84/08, 96/08 – v. Odluku USRH od 9. srpnja 2008., 123/08 – ispravak, 57/11, 148/11 – pročišćeni tekst, 25/13, 89/14 – v. Odluku USRH od 11. srpnja 2014., 70/19.

Ранко Максимовски, судија во пензија

НАДОМЕСТ НА НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА ВО СУДСКА ПОСТАПКА

347.426.4/6:347.91/.95(497.7)

Стручна статија

Надоместот на нематеријална штета во судска постапка е тема што предизвикува посебен интерес во правната наука и судската практика од повеќе причини. Пред сè, нематеријалната штета се јавува во повеќе видови и кај повеќе оштетени субјекти, директно или индиректно. Постојат проблеми во практиката кога се утврдува основот за постојење на повредените права, бараниот износ и големината на штетата. Во трудот редоследно се обработуваат низа прашања во однос на надоместот на нематеријална штета во судска постапка, како што се одделните видови нематеријална штета, критериумите што влијаат при определување надомест на нематеријална штета, одделни прашања поврзани со определување на висината на нематеријалната штета. Сите аспекти на предметната проблематика се обработени низ призма на судската практика.

Клучни зборови: надомест на штета, нематеријална штета, парнична постапка.

I ВОВЕД

Нематеријална штета, како посебна институција во облигационото право, е уредена во правниот поредок. Во животот меѓу луѓето се случуваат недозволените дејствија со кои се повредува туѓо право и се причинува штета. Субјектите кои се оштетени ги штитат и остваруваат повредените права во судска постапка. Со оглед дека се јавуваат различни оштетени лица кои бараат посебни видови нематеријална штета во вид на надоместоци, се создаваат тешкотии во процесирање и пресудување, односно носење соодветни одлуки. Ова е поводот да се пристапи и даде елаборација во која се актуализираат правните и фактичките прашања во примената на правото.

1. Законот за облигационите односи во своите одредби на неколку места внесува критериуми на правичност при определување надомест на штета, а со тоа давајќи му на судот право да досуди праведна парична надомест кога ќе се утврди дека за тоа постојат предвидените услови. Така, во одредбите на член 189 и член 190, кога ги предвидува видовите нематеријална штета: физичка болка, душевна болка, смалена животна активност, нагрденост, повреда на угледот,

честа, слободата и правата на личноста, смрт на блиско лице, како и страв, пропишува и услови кои треба да постојат за да може да се определи ваква надомест, и тоа: јачината на болките и на стравот, како и нивното траење да го оправдува тоа. При одлучувањето за барањето за надомест на нематеријална штета, како и за висината на нејзината надомест, судот ќе води сметка за значењето на повреденото добро и за целта за која служи таа надомест, но и за тоа со неа да не се погодува за тежнења што не се споиви со нејзината природа и општествената цел.

2. Во правната теорија и практика под нематеријална штета се подразбира

повреда на личните права и интереси на оштетениот. Таа се среќава во литературата како неимотна, морална, идеална, неекономска штета и слично.¹ Законот за облигационите односи во одредбите од член 155, кога го определува поимот на нематеријална штета, неа ја смета како нанесување на другиот физичка болка или страв. Оваа штета, фактички, може да биде причинета со повреда на правата на личноста кои ги гарантира правниот поредок во една држава, а тоа се: слободата, животот, телото, интимната сфера, честа, угледот, почитување на личноста и другите неимотни добра. Ваквата штета може да биде причинета и со повреда на афекцијата на едно лице спрема блиско лице. Според причините од каде потекнува нематеријалната штета, таа може да биде директна, односно доаѓа од сопствен извор, или индиректна, доаѓа од надворешен извор. Директната штета Законот за облигационите односи ја уредува во член 189, а само споменува дека ќе се досуди справедлив паричен надомест поради смрт на блиско лице. Меѓутоа, во одредбите на член 190 од истиот закон се предвидени случаите на индиректната штета, односно се наброени лицата кои имаат вакво право.

3. Поаѓајќи од ставот дека нашето граѓанско право прифаќа како посебен вид надомест

на нематеријална штета, нејзиното утврдувањето врши судот. Ова е поради тоа што таа не се појавува како надворешна, за секого видлива и достапна, туку како психичка појава што настанува, што постои и дејствува во психичкиот живот на човекот – оштетениот.

Веднаш се поставува прашањето какви и кои видови психички манифестации се последици на повреда на телесниот интегритет, што според „општественото вреднување дејствуваат како фактор во определувањето нематеријална штета во одделни случаи“. Овој вид штета се поврзува со повреда на лично добро на човекот, а тоа е телесниот и душевниот интегритет – здравјето, физичко и психичко.

Во граѓанско-правното подрачје како незгодни чувства, последици на по-

¹ Види: Првна енциклопедија, Белград, 1979, стр. 772

вреда на телесниот и на душевниот интегритет се прифатени оние што се однесуваат на физичката болка, на душевната болка, на стравот, на нагрденоста, на намалената општа животна способност и на друго, и во правото за надомест на штета нивното значење е такво што тие се сметаат како нематеријална штета за која на повредениот (оштетениот) му се признава граѓанско-правна сатисфакција во облик на паричен надомест.

Поради тоа што во правниот живот и судската практика почесто се остваруваат права за надомест на штета за претрпени душевни болки и поради смрт или тежок инвалидитет на блиско лице, критериумите и околностите под кои се остваруваат, определување на висината и слично, а тоа создава извесни проблеми. Тоа е повод да се осврнеме на оваа проблематика во овој напис и да дадеме свое видување.

II ДУШЕВНА БОЛКА ВО СЛУЧАЈ НА СМРТ НА БЛИЗОК ЧЛЕН НА СЕМЕЈСТВОТО

1. Во став 1 и став 2 на член 190 од Законот за облигационите односи, децидно се наброени лицата кои имаат право на надомест на штета за нивните душевни болки во случај на смрт на блиско лице, а тоа се членовите на неговото потесно семејство: брачниот другар, децата и родителите. Браќата и сестрите го имаат тоа право под услов ако меѓу нив и умрениот постоела заедница на живот. Во став 4 на тој член, вакво право е признато и на вонбрачниот другар, ако меѓу него и умрениот постоела потрајна заедница на живот.

Гледано одвоено за секое од овие наброени лица, може да се каже дека при пресудувањето во споровите што се водат судската практика не била единствена за повеќе прашања.

- 1.1. Едно од тие прашања е дали возраста на децата има влијание за остварување надомест за претрпена душевна болка за изгубен родител. Од почетокот се сметало дека вакво право имаат само оние деца кои биле во состојба да го сфатат значењето на загубата на едниот или на двајцата родители.² Меѓутоа, подоцна се застанало на гледиште дека на сите деца им припаѓа правото на надомест, без оглед на возраста и дали во моментот на смртта на родителот живееле заедно или одвоено. Дури и ако детето се роди по смртта на родителот, му следува надомест на ваква штета. Ваквиот став е објаснет така што децата, без оглед на староста, во текот на својот живот ќе чувствуваат душевна болка поради загуба на вниманието и помошта на родителот, потоа моралната поддршка и нежноста, одгледувањето, советите и слично. Сите видови загуби кои детето може да ги трпи во текот на животот треба да се конзумираат во душевни болки. Наведените основи претставуваат доволно широк поим кој ги опфаќа сите видови

² Види: „Начелни ставови и заклучоци Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судово и Врховног војног суда“ (1975 – 1990), Нови Сад, стр. 15 и 138

страдања на оштетениот. Во прилог на ваквиот став оди и Законот за облигационите односи кој не прави разлика во однос возраста на детето и правото на надомест на ваква штета. Притоа, се тргнува од претпоставката дека сите деца, и оние што интелектуално и емоционално уште не ја сфаќаат загубата на родителот, ќе доживеат, односно доживуваат психичка траума со посредство на нагонско-инстинктивни механизми на емоции, значи душевно патат. Кај секое дете загубата претставува тешко емоционално и животно оптоварување, па тоа е доволна основа да се досуди ваква надомест.

Во оваа смисла се изјаснила судската практика во нашата држава во повеќе одлуки. Така, во пресудата на Врховниот суд на Република Македонија Рев. бр.606/72 од 18.12.1972 година³ е наведено дека „синовите на загиналиот татко имаат право на надоместок на неимотна штета за претрпена болка, независно од тоа дали живееле во исто домаќинство со таткото во моментот на неговата смрт. Фактот на заедничкиот живот може да има влијание само врз висината на надоместокот за претрпената болка, но не и врз самото право“. Во друга пресуда, Рев. бр. 139/97 од 8.7.1998 година на истиот суд⁴, судот бил на мислење дека „и децата на возраст помали од 6 години во случај на смрт на родител доживуваат тешки психички трауми што ќе ги следат во нивниот натамошен развој, поради што им припаѓа надоместок на нематеријална штета за претрпени душевни болки. Возраста на детето не е решавачка за правото на надоместок, бидејќи и дете кое интелектуално и рационално не ја сфаќа загубата доживува трауми со животно оптоварување за време на неговиот развој“.

Како што е истакнато погоре, правото на надомест на нематеријална штета за душевни болки поради смртта на родителот не зависи од околноста дали детето и родителот живееле во една семејна заедница за време на смртта. Меѓутоа, може да се постави прашањето за правото на ваков надомест во врска со емотивната поврзаност на детето и родителот и висината.

Ако детето е осамостоено и живее надвор од семејната заедница на родителите, може да има влијание на висината на штетата, односно и на самото право на надомест само доколку оваа околност влијае на смалување, односно престанок на нивната емотивна поврзаност. Примерно, ако се карале поради разни причини или постоело меѓусебно непријателство до таа мера да се намалат или целосно да се раскинат емоционалните врски. Познато е дека во наследното право може да дојде до исклучување од нужен дел ако наследникот потешко се огрешил спрема оставителот или сторител на кривично дело.

1.2. Се поставува и прашањето дали и вонбрачните деца имаат право на надомест на нематеријална штета за претрпена психичка болка поради смрт на вонбрачен родител. Судската практика по ова правно прашање има дадено потврден одговор, односно дека следува ваково право само под услов ако е решен статусниот однос според законот. Имено, според одредбите на Законот за семејството („Службен весник на РМ“ бр. 8/92), од член 50 до член 63 е предвидено дека вонбрачното татковство може да се востанови на два начина, и тоа

³ Објавено: Збирка на судски одлуки, книга I, Скопје, 1976, стр. 324

⁴ Објавено: Збирка на судски одлуки, книга VII, Скопје, 1999, стр. 91

по пат на признавање во определена постапка или утврдување со правосилна судска пресуда. Истото тоа се однесува и на утврдување вонбрачно мајчинство, а на што упатува член 63 од истиот закон.

Меѓутоа, загубата на вонбрачниот родител може да има влијание при определување на висината на штетата ако се утврди дека емоционалната врска била послаба. Тоа е нарочно ако вонбрачното дете било одвоено или воопшто не живеело со вонбрачниот родител, а за разлика од децата кои живееле со родителот во иста семејна заедница и нивниот емоционален однос. Во секој случај, судот при определување на висината на надоместокот мора да води сметка за сите околности кои имаат влијание за стварно претрпена штета.

1.3. Во кругот на лицата кои имаат право на надомест за претрпена душевна болка се вклучени браќата и сестрите поради смрт на нивниот брат или сестра. Тоа право може да се оствари под условот ако помеѓу нив и умрениот постоела потрајна животна заедница. Во судската практика се поставило прашањето што претставува потрајна животна заедница? Обично меѓу луѓето се смета дека потрајна животна заедница постои ако има заеднички живот меѓу лицата, односно ако се одржуваат постојани контакти помеѓу лицата кои живеат во таа заедница. Сепак, акцентот се става на нивната тесна и вистинска меѓусебна емоционална поврзаност, чија последица е патење поради загуба на братот, односно сестрата. Таква поврзаност, по правило, навистина претставува постојан контакт помеѓу нив. Меѓутоа, може да постои поврзаност и тогаш ако браќата и сестрите работат во различни места, а се враќаат дома на крајот на седмицата. Битно е на друго место да не создадат свој самостоен живот во рамки на некоја друга заедница, туку сè уште да се сметаат за членови на заедницата на живиот со другите членови на истото семејство. Примерно, ако некој живее во хотел за самци додека работи во друго место и се враќа дома секоја недела со докажана меѓусебна поврзаност, не може да се земе како причина за престанок на заедница на живот.

1.4. Исто така, во судската практика се поставило како спорно прашањето кога и под кои услови бабата, дедото, очувот или маќеата имаат право на надомест на нематеријална штета за претрпена душевна болка поради смртта на внукот, како и обратно. Врховниот суд на Република Македонија, во решението Рев. бр. 274/93⁵, зазел став дека „очувот има право на надомест на штета за душевна болка поради смртта на посинокот, доколку помеѓу нив постоела трајна заедница на живот со тесна меѓусебна емотивна поврзаност и материјална упатеност еден на друг, а сето тоа ценето во склопот и на другите востановени односи во заедницата на живот“. Во образложението на оваа судска одлука, меѓу другото, судот оценил дека одредбите од член 190 став 1 од Законот за облигационите односи изречно не ги исклучуваат и другите определени сродници од правото да бараат надоместок за претрпена психичка болка за изгубен роднина, како што е очувот, дедото и бабата, кои трајно живеат во иста заедница и во која се

⁵ Објавено: Збирка судски одлуки, книга V, Скопје, 1997, стр. 531

вршат родителските права и која ја поврзуваат јаки емотивни чувства и кои економски се упатени едни на други. Понатаму е наведено дека при одлучувањето за овие релевантни околности е нужно да се утврдуваат во секој конкретен случај за да се споредат сродниците со лицата наброени во член 190 од ЗОО.

Сметаме дека наведената судска практика е правилна најмалку од две причини. Прво, ако меѓу бабата, дедото, очувот или маќеата и внуците, односно посинокот постоела трајна заедница на живот и емоционална поврзаност и поради смрт на некој од нив се трпат психички болки, нема правна причина да се одбие такво барање. Второ, Законот во наведената одредба не ги исклучува и другите определени сродници да бараат надомест, ако се исполнети условите предвидени за другите сродници кои се наброени. Во случајот може да се стави приговор дека на определен начин, се проширува кругот на лицата кои имаат право на надомест за душевни болки. Меѓутоа, во духот на законот е да се даде надомест на штета ако таква се претрпи, а постојат определени правни основи за тоа.

III ДУШЕВНА БОЛКА ВО СЛУЧАЈ НА ТЕЖОК ИНВАЛИДИТЕТ НА ЧЛЕН НА СЕМЕЈСТВОТО

1. За разлика од лицата кои имаат право на надомест за претрпени психички болки во случај на смрт на некое лице, кога е во прашање тежок инвалидитет, кругот на лицата кои имаат вакво право со Законот е намален. Според член 190 став 3 е предвидено дека право на надомест за нематеријална штета за душевни болки имаат: брачниот другар, децата и родителите, а во став 4 и вонбрачниот другар, ако помеѓу него и умрениот постоела трајна животна заедница.

Прашањето за карактерот на инвалидноста, како основ за надомест на штета, Законот го определил со терминот „особено тежок инвалидитет“. Употребениот термин покажува дека треба да постои висок степен на инвалидност, евентуално придружен со нагрденост, осакатеност и потполна неспособност за работа. Во секој случај, на ова прашање ќе даде одговор медицинската наука преку вештачење од лекари стручњаци по соодветната специјалност.

2. При оцена за јачината на душевните болки и нивното траење поради тешкиот инвалидитет има влијание самиот тој факт кој создава долго-трајна и многу интензивна душевна болка одошто тоа лице да умрело веднаш. Народот обично за така тешко болни лица вели „поарно да го нема“⁶. Ако се земе предвид дека и самото повредено лице трпи физички и душевни болки, па неговите болки влијаат на душевните болки на конкретните оштетени блиски лица, нивните понатамошни болки можат да бидат некогаш и поинтензивни од оние првите, а посебно ако тешкиот инвалидитет создава нагрденост. Тогаш родителите и блиските доаѓаат во ситуација секојдневно да бидат несреќни гледајќи ги маките кои траат во недоглед.

⁶ Д-р Б. Визнер: „Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, Загреб, 1978, стр. 925

Во оваа пригода, треба да се напомене дека и лицето со тешкиот инвалидитет може самостојно, изворно, да бара парична надомест од штетникот во вид на сатисфакција според член 189 од ЗОО по сите основи.

IV ФИЗИЧКИ БОЛКИ

Физичката болка е една од манифестациите на повредата на телесниот интегритет и, истовремено, најчест вид нематеријална штета. За прашањето на постоење физички болка, од правно становиште, како нематеријална штета, нужно е утврдување на примарниот обем, начинот и природата на телесното оштетување, како извор на болка со следствени појави, компликации, тежината и времетраењето на лекувањето, заедно со медицинската интервенција и со рехабилитацијата.

Иако физичката болка е условена со индивидуални особини на повредениот, неговото постоење, траење и интензитетот, во извесна смисла, се објективизирани, па со поголема сигурност можат уверливо да се претпостават. Ова е поради тоа што во судската практика е прифатено становиштето дека паричниот надомест припаѓа во начелото само за болка што во извесна мера ја оптоварува психата на повреденот и негативно влијае на неговите функции, манифестации и активности.

Траењето на физичката болка е едно од битните факти за утврдување на нематеријална штета. Затоа е битно да се утврди траењето на болката за време на лекувањето, а во врска со одредени телесни оштетувања и физичката болка што ќе постои во иднина, како што се движењето, промената на атмосферските услови и на други околности. Судската практика, во овој поглед, на нематеријална штета гледа на најединствен начин. Ќе цитираме некои од одлуките на судовите:

„При оцена за надомест на штетата за болка и за страв, не се земаат во вид само претприениите болки, но и тоа дека оштетенитиот одвреме-навреме чувствува болки низ целиот животи, поради искривениот рбет, така што не може постојно да се свикнува и лесно може да дојде до одземеност на долниот дел од телото“⁷.

„При одредување на висината на надомест за претприени болки, доаѓа предвид и субјективниот момент, бидејќи интензитетот и должината на траењето на болките, кои покрај тежината на повредата се земаат предвид, одредувањето на висината на надоместот за болките, честитоајќи, зависи од субјективните моменти, со оглед на тоа што кај некои лица повредите нормално побрзо зараснуваат, а кај други подолго траат, па и болките подолго траат“⁸.

„Кога е утврдено дека иужителот претприел болки од интензивна природа поради задобиените повреди на двесте но-

⁷ Врховен суд на Југославија, Рев. бр. 3662/62

⁸ Пресуда на Врховен суд на Југославија, Рев. бр. 1772/61.

зе, што довело до нивно амбутирање, и проследено со постоперативни болки во траење од две недели, која иужжителот чувствувал болки од среден интензитет во траење од 9 месеци, што ирејсставува и иешкоија во неговата рехабилитација и која сè уште чувствувва ишканаречени фантомски болки од амбутираниите делови од нозете, судот смета дека на иужжителот му иријата иравото на надомест на ииешта во висина на иужбениот износ⁹.

V

Психичка болка

Психичката болка кај повредениот, главно, се консумира со физичката болка и претставува единствен вид штета доколку манифестациите според својата природа не се такви за да претставуваат посебен вид штета.

Меѓутоа, останува немал круг незгодни доживувања што се јавуваат во врска со разни појавни облици на повреди, што ја сочинуваат психичката болка, која се смета како основ за нематеријална штета и за која е потребен паричен надомест.

Еден од овие облици е претрпената психичка болка поради смрт на блиско лице, а како последица на противправното дејствие на штетникот.

Право на ваков надомест имаат блиските роднини – членови на потесното семејство, кои без сомнение претрпеле психички болки поради смртта на блискиот роднина.

Судската практика, главно, се придржува на становиште дека право на надомест имаат најблиските роднини на загиналиот, кои живееле во семејна и во економска заедница и кои биле упатени еден на друг, така што смртта предизвикала интензивни и релативно трајни болки до степен што бара парична сатисфакција. И покрај тоа, во судската практика се дозволуваат извесни исклучоци. Така, на пример, не се признава право на надомест на лица од потесниот круг роднини кои биле во недобри односи со загиналиот, затоа што неговата смрт не предизвикала интензивни болки. Или, обратно, лице кое не е од кругот на потесното семејство, но било на него економски упатено и живеело во заедница, се смета дека со смртта чувствува болка од таков интензитет што има право на надомест на нематеријална штета.

Во оваа смисла практиката е моше богата и наведуваме поинтересни одлуки:

„Мајката има право да остварува надомест на нематеријална ииешта за смртта на нејзиното дете без олед на што ишто ишито на деието во свое име остварува иси надомест на ииешта иоради што ишто со смртта на деието и двајцата родителите иријат исихички болки“¹⁰.

„Досудениите надоместоци на нематеријална ииешта за ирејриена болка иоради изубен близок сродник судот наоа

⁹ Пресуда на Окружниот суд Скопје II. бр. 1420/75 – од архивата.

¹⁰ Одлука на Врховен суд на АП Војводина Гж. бр.829/60

*дека се адекватни на интензивноста и на времетраењето на претрпениите душевни болки и со овие износи тужителите би прибавиле некое друго задоволство со кое би ги ублажиле болките за изгубениот сојуз и татко*¹¹.

*„Бабаа и дедото можат исклучително да бараат сатисфакција за претрпениите психички болки поради смртта на внук, доколку со неа живееле во заедничко домаќинство и доколку му ги заменувае родителите, па со неа биле блиско сврзани*¹².

Кога е во прашање правото на надомест на нематеријална штета за претрпена болка за изгубено блиско лице, дискутабилно е и прашањето за правото на надомест на малолетното дете за изгубен родител. Имено, дали тоа според својата возраст било во состојба да почувствува душевна болка поради губење родител. Во овој случај, преовладува мислењето дека возраста на детето треба да е до 6 години, освен по исклучок кога не е во можност и во состојба, според степенот на развојот и сознанието, да почувствува ваква болка со таков интензитет за да може да заснова право на надомест на штета.

Меѓутоа, и покрај ваквата досегашна практика, се истакнуваат извесни несогласувања од страна на одделни медицински стручњаци. Имено, подвлечено е дека од психолошка и од психијатриска гледна точка е неприфатливо дека децата под пет години не ја доживуваат загубата на родител како тешка психичка траума. Детето, во некои работи, исто како и возрасните, интензивно, ако не и поинтензивно, може нешто да доживее, преку нагонска инстинктивна сфера и емоции, а тоа да може да биде сфатено и адекватно одредено. Посебно може да се земе предвид и тоа што загубата на родителите значи многу за комплетното формирање на личноста, ако се земаат предвид и подоцнежните последици од постоењето на едно нецелосно семејство¹³.

Во граѓанско-правното подрачје се поставува и прашањето дали блиските сродници, како посредно оштетени, имаат право на надомест на штета за претрпена психичка болка поради нанесена повреда на близот роднина. Дали интензитетот на претрпените психички болки ја оправдува паричната надомест на нематеријална штета.

Досегашната судска практика, главно, стоеше на становиште дека во вакви случаи не треба да се досудува надомест на нематеријална штета.

Во прилог на ова мислење оди и становиштето на Врховниот суд на Југославија изразено во одлука Рев. бр. 298/68, со образложение дека барањето на блиските сродници за надомест на нематеријална штета, во случај на телесна повреда, нема поткрепа во позитивните законски прописи, а ниту во прописите што биле во сила пред 6 април 1941 година¹⁴.

Меѓутоа, Врховниот суд на СРБиХ прифати став дека на родителите, по правило, не им припаѓа право на надомест на штета поради задобиена повреда на детето, но, исклучително, доколку се утврди дека поради тешка повреда на

¹¹ Пресуда, Окружен суд Скопје, II. бр.2431/75 – од архива

¹² Врховен суд на АП Војводина, Гж.бр. 1337/74, ОБЈ. Зборник судске праксе 17-18/75

¹³ Материјал од советување: „Медицинско вештачење на нематеријална штета“, Загреб, 1974

¹⁴ Објавено: „Зборник судске праксе“ 1/71

своето дете и самиот родител претрпел повреди на личниот интегритет во облик на психичка траума со невообичаен интензитет и траење и ако значително му ја влошила неговата психичка рамнотежа, па бара посебно лекување. Во таков случај, тој има право на надомест на нематеријална штета¹⁵.

Сметаме дека ваквиот став е прифатлив како основ за досудување нематеријална штета. Ова е од причина што е потребно да се надомести секоја штета што фактички ќе се трпи. Доколку родителите трпат интензивни психички болки со одредени последици поради телесна повреда на своето дете, тоа е објективен факт за кој е потребно парично обесштетување.

Ваквата интензивна и долготрајна психичка болка донекаде може да се срамнува со основната претрпена психичка болка за изгубено блиско лице. Додека во првиот случај, со текот на времето, болката може да се зголемува поради секојдневно доживување на страдањата на повредениот, во вториот случај текот на времето може да стори да се намалува јачината на болките.

VI Страв

Стравот заедно со физичката болка е најсилното и најнезгодното доживување на човекот што ја следи повредата на телесниот интегритет, а исто така претставува емоционално чувство познато на сите.

За судската практика од суштинска важност е каков е стравот, колку може тој да трае и какви последици може да предизвика, како и дали за секој страв се има право на надомест на нематеријална штета. Како психичка манифестација стравот настанува веднаш во самата состојба на загрозување и повредување и таквиот страв се смета за примарен. Тој по природа е интензивен и краткотраен.

Стравот, кој за разлика од примарниот се јавува по него и трае значително подолго е секундарниот страв, во поголем број случаи преоѓа во подолготрајни ефектни состојби во вид на загриженост.

Во судската практика стравот се третира како нематеријална штета за кој се досудува паричен надомест само кога предизвиканиот страв е интензивен, а предизвиканото нарушување од него е од потрајна природа. Ова становиште е прифатено и во заклучоците на седницата на Врховниот суд на Југославија во 1968 година¹⁶. Од тоа произлегува фактот дека краткотрајниот страв, иако е интензивен, подолго траел, но е од слаб интензитет во вид на обично плашење, загриженост и слично, без влијание на нарушувањето на психичката урамнотеженост, не бара посебно прибавување задоволство за отстранување, па не претставува основ на досудување надомест на нематеријална штета. Стравот, како основ на нематеријална штета, е релативна појава која има за последица значително и потребно психичко оптоварување, невроза од страв, состојба на страв и слично.

Придржувајќи се на прифатеното становиште, судската практика во оваа

¹⁵ Одлука Гж.бр.899/73 од 4.X.1973 година, објавена: Збирка на судски одлуки, книга I св. 2 одлука бр. 52 за 1976.

¹⁶ Види: Збирка судских одлукан из области граѓанског права, Београд, 1972.

смисла е единствена. Судовите во своите одлуки се концентрираат на утврдувањето факти каков страв е предизвикан со оглед на психичка манифестација според интензитетот, траењето и последиците. Во таа смисла, практиката е богата:

„Според правниите правила на имотино право, паричен надомест на штејта поради претрпен страв му припаѓа на повредено лице кога тој од силно интенсионата претставува нарушување на психичката рамноотежа и од иотрајна природа. При оцаната дали се осварени наведениите услови (силен интензивен е долготрајност), во прв ред доаѓа предвид и.н. примарен страв, т. е. оној страв што повредено лице го претрпа во часот и непосредно по сообраќајната незгода, но не може целосно да се исклучи ни значењето на секундарниот страв што се манифестира во задржаноста за усешниот исход на лекувањето, затоа што иако секундарниот страв, по правило, не е од силен интензивен, може да биде долготраен и, во извесна мера, да претставува нарушување на психичката рамноотежа од иотрајна природа“¹⁷.

„Судот смета дека е основано во целост иужбено барање за претрпен страв како услов за надомест на нематеријална штејта кога е утврдено дека кај иуживелот остана итрајна последица од претрпениот страв со психичко нарушување од иотрајна реактивна дејствителност кои и сега се присутни и поради кои тој прима одредена терапија“¹⁸.

„За време на лекувањето по повредата и сега кај иуживелот има извесен страв во вид на невроиско реагирање и буђење во ноќно време, па судот најде дека по овој основ треба да му се досуди обештејување“¹⁹.

Кога предизвиканото психичко нарушување е од помало значење, тогаш, нормално, само по себе престанува и, во таков случај, нема оправдување за давањето паричен надомест.

Паричен надомест за претрпен страв, како вид нематеријална штета, е оправдан тогаш кога по пат на овој вид надомест е потребно да се прибави такво задоволство со кое се отстранува или се ублажува стравот. Очигледно е дека таква причина постои само кога е во прашање страв од силен интензитет и од посебна природа. Обично плашење, грижа, неизвесност и слично или страв од силен интензитет, но краткотраен, кој набргу, по јавувањето, сам по себе исчезнува, не бара прибавување задоволство со цел да се отстрани, па не го оправдува ниту давањето паричен надомест.

„Согласно со правниите правила на имотино право за надомест на штејта, оштетеното лице има право на надомест“

¹⁷ Одлука на Врховниот суд на АП Војводина Гж.бр.699/75 од 11. IX. 1975. Обј. Зборник судске праксе бр.21922/76.

¹⁸ Пресуда на Окружен суд Скопје, II бр.1420/75 – од архивата.

¹⁹ Пресуда на Окружен суд Скопје, II бр.1470/74 – од архивата

за ѝреѝрѝен сѝрав само доколку насѝанале кај неѝо ѝсихички нарушувања од ѝраен каракѝер. Кај ѝужѝѝелката се јавиле извесни ѝеѝкоѝѝи ѝѝо се ѝрифайѝени како дирекѝна ѝоследѝца од насѝанойѝ. Во заклучокоѝ на крајоѝ од извешѝајоѝ за веѝѝачењеѝо, веѝѝоѝо лице ја навело сеѝаѝнаѝа медицинска докуменѝација, која ѝокажува дека во времеѝо на веѝѝачењеѝо немало ѝоследѝици“²⁰.

Според оваа одлука, тужителката, како оштетена, нема право на паричен надомест за претрпен страв бидејќи е утврдено дека немала трајни последици. Последиците, што во прво време постоеле, подоцна исчезнале и, според тоа, немале траен карактер.

VII Нагрденост

Нагрденоста, како посебен вид штета, се јавува и под називот телесна деформација. Тоа фактички претставува нарушување на надворешниот изглед (облик на човековото тело или на некој дел), односно нарушување, на надворешниот изглед на некоја телесна функција. Тука спаѓа и осакатувањето (отсечување или битна повреда на екстремитетите или на други надворешни делови на телото), како и естетската нагрденост. Нагрденоста како посебен вид нематеријална штета се изразува во психичкото нарушување на повредениот, како чувство на помала вредност, страдање, разни депресивни состојби, а поради свеста што се јавува за неповолниот впечаток што се остава во одредена општествена средина. Исто така, се јавува и при оневозможувањето на „подобар напредок“ на оштетениот во натамошниот живот, таканаречен „намален изглед за иднината“, како што е, на пример, младо лице кога стапува во брак. Самата нагрденост на телото не мора секогаш да биде видлива, а тоа значи дека може да се јави и на покриен дел на телото, меѓутоа сето тоа да има свое значење во интимниот живот меѓу луѓето (бракот).

Во судската практика е поставено прашањето дали нагрденоста на телото што не е видлива треба да биде основ за плаќање надомест. Преовладува мислењето дека може да се досудува ваква надомест доколку таа има влијание врз повредениот, а притоа особено влијаат полот, годините на староста и професионалната ориентација. Се цени и начиниот на кој влијае повредата врз нагрденоста на телото.

При досудување на овој вид надомест, честопати се гледа во која општествена средина се движи оштетениот и дали таа има влијание врз личноста. Во одредени ситуации и во одредени средини појавената нагрденост може да има свое значење, а во друга да нема значење. При досудување надомест, честопати, не е битно само мислењето на медицинскиот вештак за постоењето нагрденост на телото. Треба да се има предвид сфаќањето и значењето што му се придава во средината каде што живее оштетениот, па тоа да е пресудно дали

²⁰ Решение на Врховен суд на Македонија Гж. бр.738/76 од 28.X.1976 по предметот П. бр.86/72 на Окружен суд Скопје – од архивата.

треба или не треба да се досуди надомест. Во текот на постапката, честопати, оштетениот распитан како странка изјавува дека самата нагрденост не му пречи, дека нема комплекс од пониска вредност, па при таква ситуација не би требало да се досудува надомест, иако фактички постои основот. Основано е дека ваков вид надомест треба да следува само тогаш кога кај оштетениот има промена во неговата психа и таа да е од посилен интензитет, а не од обичен или којшто нема влијание врз него лично или врз средината.

Ќе наведеме неколку примери од каде што може да се види на кои лица како оштетени им е досуден надомест за нагрденост.

„Повредениот око и ирациите што останале создале нарушен естетски изглед на лицето. Окоето е поставено во положба на дивергенција, т. е. изместување спрема нагор за околу 25 %. Нарушениот естетски изглед може да се забележи со обично гледање од обичен човек. Тужителот е млад човек, не е оженет и ваквиот недостигок му пречи, а најмногу поради девојките... Со повредата на окоето и со извесната дивергенција е нарушен естетскиот изглед, па му се досудува надомест од 6.000,00 динари“²¹.

„Амиуираните две нозе кај тужителот се од таква природа што тоа претставува телесна нагрденост, што во извесна смисла е коригирана со ортопедски помагало. Таа влијае на неговата дејресивност, која е трајна последица поради 100 % телесно оштетување. Тужбеното барање за надомест на шетата за телесна нагрденост според мислењето на овој суд е делумно основана. Нагрденост како посебен основ за неможна шетата настанал со непријатно доживување, со страдање, со чувство на пониска вредност, што се јавува кај повредениот, како реакција на нагрденоста. Во случајот од изведените докази е утврдено дека кај тужителот постои забележлива нагрденост, а тој има дејресивна состојба во вид на инфериорност, како лице од машки пол, па судот му досудува надомест во износ од 30.000,00 динари и смета дека таа е адекватна на шетата“²².

„Исти така, судот најде дека кај тужителот постои нагрденост на телото. Тоа доаѓа оти таму што левата нога на тужителот е недвижна; тој постојано мора да ја држи дигната; не може да се поштира на неа и се движи со ортопедско помагало. На одреден начин, тоа создава одвраќање кај околните“²³.

„Кај тужителот постои нагрденост во вид на естетско нарушување и тоа локализирано во пределот на десната појколеница каде што се извршени хируршки зафати. Јасно се гледаат промени од фистулиите во шекот на ноетоето и овие промени се видливи и паѓаат в очи која тужителот носи край-

²¹ Пресуда на Окружен суд Скопје, II. бр. 1470/74 – од архивата.

²² Пресуда на Окружен суд Скопје, II. бр. 1420/75 – од архивата.

²³ Пресуда на Окружен суд Скопје, II. бр. 2232/75 – од архивата.

ки ѝанѝалони. Ова естѝейско нарушување и наѝраденосѝ е од ѝоблаѝ сѝейен, но ѝтоа е видливо“²⁴.

„Кај ѝужѝѝелой ѝосѝои наѝрденосѝ бидејќи на десна-ѝа ноѝа, во ѝределой на колениой зѝлоб, ѝосѝои ѝолема лузна, а ѝоради скраѝување на десниой долен ексѝремѝейѝ со исчапу-вање на десниой колѝ, ѝа ѝокрај деформациѝѝе ѝосѝои очѝлед-но накривување ѝѝѝо условува ѝосилен сѝейен на наѝраденосѝ, ѝѝѝо секоѝаш е видлива коѝа ѝужѝѝелой се движи“²⁵.

Во судската практика се поставува правното прашање дали треба да се разликува основот за надомест на нематеријална штета за нагрденост, што е сврзана со други правни основи, а особено со општата смалена животна способност. Ова е затоа што телесната повреда може да претставува, во исто време, основ за надомест на штета и како телесно оштетување, а воедно и како награденост на телото. Во оваа смисла, во судската практика има различни мислења: дека нагрденоста може да биде апсорбирана во смалената општа животна способност доколку постојат услови да се утврдат во еден износ. Така, во пресуда на Врховниот суд на Југославија Рев. бр. 1484/64 е прифатено: „намален естетски изглед поради загуба на око влегува во надомест за психички болки, па не може посебно да се досудува“²⁶.

Кога нагрденоста не е проследена со телесно оштетување, има место да се досудува посебно ако се исполнети другите општи услови за овој вид штета.

VIII НАМАЛУВАЊЕ НА ОПШТАТА ЖИВОТНА СПОСОБНОСТ

За овој вид нематеријална штета, исто така, постојат повеќе називи што се употребуваат во судските одлуки, и тоа: смалување на животната способност, смалување на општата животна активност, смалена работна способност и сл.²⁷.

Меѓутоа, сепак, најмногу е прифатен терминот смалување на општата животна способност, па како таков овде ќе биде разгледан. Има мислење²⁸ дека овој основ за надомест на нематеријална штета треба да се вика „смалување на животната способност“, а зборот „општа“ да биде исфрлен, затоа што кога се зборува за смалена животна способност, се мисли на способноста што ја имал оштетениот пред сторената штета.

Под поимот намалување на општата животна способност, во граѓанско-правна смисла, се подразбира намалување на функционалноста на органи-

²⁴ Пресуда на Округен суд Скопје, II. бр. 1518/75 – од архивата.

²⁵ Пресуда на Округен суд Скопје, II. бр. 1218/75 од архивата.

²⁶ Види: Материјал за советување во Врховниот суд на Југославија 1970, а во врска со нематеријална штета.

²⁷ Види: д-р О. Станковиќ: „Накнада за појачане напоре и за смањање животне активности“ Београд 1972, стр. 3

²⁸ Д-р О. Станковиќ; горенаведеното дело, стр. 4

змот од задобиените телесни повреди или загубата на некој екстремитет или на еден од неговите делови, загуба на друг внатрешен или надворешен орган или како престанување или како значајно ослабување на нивните функции. Од ова произлегува дека оштетениот не може да ги изврши оние работи од задобиената телесна повреда, што се потребни во секојдневниот живот, а кои ги вршел пред повредата. Така, оштетениот да не може да се служи самиот себе или тоа да го чини со зголемени напори; да не може да врши физиолошки потреби, да спортува, да се облекува, да се храни, да легнува, да станува и сл. Вака зголемените напори во вршење разни активности, фактички, претставуваат вид нематеријална штета.

Овој вид штета е чест основ на тужбените барања. Ќе наведеме некои примери од практиката:

„Кај љужийелой љосљои смалена сљособносљ од 5 % уљвргена од инвалидска комисија и од вешљо лице, а која се манифесљира со зљолемени наљори во вршење на работљаља, љољешко движење, неможносљ да се сљои љодолљо, да се крева љовар, да се љрча, да се рекреира, ља со ољлед на љоа дека љужийелой има 34 љодини и осљанал со љраен инвалид, му следува надомесљ“²⁹.

„Поради задобиениље љелесни љовреди, живољнаља сљособносљ кај љужийелой е намалена во љекољ на љрваља љодина љо љовредаља, бидељки љреба да вложува љолем наљор за да љи совлада сљље живољни љољреби. Тој љољешко љешачи и, љриљоа, чувсљивува болки од ревмаљичен каракљтер“³⁰.

„Судољ најде дека љужийелой љрељрљел љовреда и како резулљаљ на љоа му е намалена ољљљаља живољна работљна сљособносљ. Тој не може да оди, се движи со љомош на орљољедско љомаљало, не може да работљи, љољоа љраљно не може да врши хљљенски работљи и секољаш му љреба љомош и љрисусљво на љрељо лице. Од љље љрљчини, судољ сметља дека љо овој основ љужениољ љреба да му љлаљи љљљеља. Со досудениољ износ љужийелой љреба да си овозможи некои задоволсљва во живољољи и со љоа да љи убалжи љоследициље љљљо љи има од љовредаља“³¹.

„Кај љужийелой е намалена ољљљаља живољна сљособносљ за 100 %, љљака љљљо љољ не може да врши никакви живољни акљивносљи без љомош, било на орљољедски љомаљала, било од љрељо лице. Од љље љрљчини, судољ љо овој основ сметља дека му љриљаља љраво на надомесљ во износ од 60.000,00 динари и љужениољи има обврска неа да му ја надомесљи“³².

²⁹ Пресуда на Окружен суд Скопје, II. бр.1218/75 – од архивата.

³⁰ Пресуда на Окружен суд Скопје, II. бр.1518/75 – од архивата

³¹ Пресуда на Окружен суд Скопје, II. бр.1132/75 – од архивата

³² Пресуда на Окружен суд Скопје, II. бр.1420/75 – од архивата

Смалувањето на општата животна способност треба да биде основ за досудување надомест секогаш кога кај оштетениот сосема ќе престане или сосема ќе се смали некоја активност, а тоа за него има некоја морална вредност, како што е, на пример, загубата на сетилото за мирис, за вкус, смалената сексуална активност, неможноста да се занимава со одредени работи што ги вршел пред тоа.

За да се досуди ваков надомест не е доволно да се утврди само фактот дека настапила инвалидност во одреден процент или дека се изгубени некои делови од телото или дека е смалена функцијата на организмот, туку треба да се види на каков начин се одразува тоа на вкупната животна активност кај оштетениот, какви зголемени напори има тој во однос на периодот пред повредата. Потоа времетраењето, па тогаш да се цени дали има основ за надомест и во колкава висина.

Во судската практика, честопати, се греша при досудувањето на овој вид нематеријална штета³³. Така, се досудува надомест за овој вид штета само поради телесна повреда. Се зема предвид само процентот на инвалидност или загубата на некој дел од телото (око, рака, нога, и др.) и тоа се смета како основ за надомест на штета. Укажано е дека ваквата практика е погрешна.

Потребно е да се прави разлика помеѓу основот за надомест на штета поради смалена животна способност и другите видови нематеријална штета, бидејќи може да настане мешање на разни околности од еден во друг вид штета. Така, при зголемени животни напори се јавува психичка болка, потоа страв од последици и друго. Сметаме дека при ваква ситуација, треба да се досудува надомест за секој вид штета посебно, а доколку постојат и се утврдат елементи за која било штета.

IX

СПОРНИ ВИДОВИ НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА

Освен веќе наведените повеќе видови нематеријална штета, во судската практика тие се досудуваат и се речиси неспорни, честопати се поставуваат тужбени барања за други видови ваква штета, и тоа како надомест за изгубено напредување во животот, за изгубена радост, за изгубена младост, за уживање и сл.

Сметаме дека нема основ да се досудува посебно надомест за вакви барања затоа што тие може да се вклопат во другите видови нематеријална штета. Така, поставениот основ изгубено напредување во животот може да се постави како вид материјална штета, односно да се утврди каква загуба имал оштетениот во имотот од она што бил и можел да стопанисува до она што остварува по повредата. Меѓутоа, доколку ваквото барање би се поставило како посебен основ за нематеријална штета, тогаш би можело да се зборува за евентуална психичка болка.

³³ Види: Тодор Атанасов: „Надомест на нематеријална штета во судска пракса“, објавено во „Правна мисла 6/74“

Исто така, за изгубената радост, изгубената младост, уживањето и сл. може да се подведат под основот психички болки и по тие околности да се цени и да се досудува.

Во практиката на одделни судови³⁴ како посебен вид нематеријална штета се смета прекилот на редовното школување и одложувањето на школувањето. Ваквата штета се смета како комплекс на штетни последици (имотна и неимотна штета), па било оправдано и требало висината да се утврдува по слободна оценка на судот.

Меѓутоа, на ваквото правно становиште можат да се стават повеќе забелешки за и против. Доколку оштетениот, по редовен тек на работите, би можел навреме да го заврши школувањето и имал можности за вработување, во тој случај тој би можел да бара материјална штета од штетникот која, честопати, може да биде далеку поголема од онаа што судот може да ја досуди по слободна оценка, како нематеријална штета. Исто така, доколку тој трпи психичка болка поради загубено редовно школување, може по тој основ да бара посебен надомест. Во случајов, употребениот термин „комплекс на штетни последици“ е многу неодреден и навлегува во доменот на материјалната и на нематеријалната штета, па причинува тешкотии во разграничувањето.

X

КРИТЕРИУМИ ШТО ВЛИЈААТ ПРИ ОПРЕДЕЛУВАЊЕ НАДОМЕСТ НА НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА

При одлучувањето по барањата за надомест на нематеријална штета, како и за височината, судот мора да води смета за неколку критериуми, и тоа: за значењето на повреденото добро и за целта за која служи надоместот, но и за тоа со него да не им се погодува на стремежите што не се спојливи со неговата природа и општествена цел, член 189 став 2 од ЗОО.

Наведените критериуми во Законот судот треба да ги има предвид и по нив да се придржува кога одлучува дали тужбеното барање ќе го уважи целосно или делумно, или ќе го одбие. Доколку одлучи да го уважи барањето делумно или целосно, треба да ги образложи битните околности од кои се раководел така да пресуди. Поради важноста на критериумите, ќе се осврнеме одделно за секој од нив.

1. На прво место е критериумот за значењето на повреденото добро кај оштетениот.

Повреденото добро може да се однесува на повреда на самата личност (болка, срам, намален углед во средината, страв и слично), повреда која се рефлектира на професијата (скршен прст на рака и не може да свира на музички инструмент или губење на очите и не може да работи домашни работи), повреда во семејството (смрт на близок или тежок инвалидитет).

Ако станува збор за повредено добро во рамките на семејството и поради емоционална блискост со умрениот или оштетениот се трпи и душевна болка.

³⁴ Одлука на Врховниот суд на СР Хрватска Гг.бр.3191/71, Гж. бр.3323/71 и Гж. бр.4020/72, објавен во „Преглед судске праксе“ бр. 2/73 и 5/74.

Притоа, за висината на штетата има влијание околноста, примерно, дали на родителот изгубеното дете му е единец или има повеќе деца на кои може да се потпре во животот; дали со детето живееле заедно или одвоено и тоа подолго или пократко време, дали се посетувале или не и слично. Ако се работи за особено тежок инвалидитет за досудување на висината на штетата, ќе се води сметка за карактерот на повредата, дали има и други здравствени проблеми, односот на лицата кои остваруваат право на штета и оштетениот и слично.

Во судската практика, при оценка за повреденото добро се зема обично и возраста на оштетениот. Една ситуација е ако оштетениот е млада личност која долг период ќе ја трпи психичката болка, а друга ако е постара.

2. На второ место доаѓа целта за која служи конкретната парична сатисфакција. Судот треба секогаш да има предвид дека основната цел на надоместот е да му се даде извесна сатисфакција на оштетениот, односно со парите што ќе ги добие по овој основ тој да може да си овозможи лично задоволство, а со тоа да се компензира, пребива нематеријалната штета поради претрпените душевни болки и на определен начин да се воспостави психичката состојба која постоела пред штетниот настан. Исто така, треба да се води сметка оштетениот да не постигне некои лукративни цели со надоместот. Паричната надомест „треба да ја воспостави нарушената рамнотежа на душата“, да се постигне „психолошка сатисфакција со посредство на реалистичниот резултат“. Целта на сатисфакцијата е да се ублажи чувството создадено со повреда на правото, а парите претставуваат само „неопходен фластер за утеха“, односно „парите служат во животот да ги превијат раните“³⁵.

Досудениот паричен надомест на нематеријална штета не е цел, туку средство со кое оштетениот, со задоволување на животните потреби што не би можел да ги поднесе, си го олеснува својот живот и, чинејќи го поднослив, ја ублажува душевната болка што ја трпи. Сфатен во оваа смисла, надоместот на нематеријалната штета се доживува како што се доживува и нематеријалната штета, штетата е непријатна, а нејзиниот надомест пријатно доживување. Со определениот надомест единствено може да се намали патењето предизвикано со сторената штета³⁶.

Меѓутоа, во некои случаи не може да се постигне целта со досудениот паричен надомест ако материјалната состојба на оштетениот е толку добра што износот на парична сатисфакција се покаже очигледно незначителна во однос на односната материјална состојба. Тоа значи дека не треба да се досуди соодветна штета според законските критериуми.

3. Трето, треба да се води сметка со досудениот надомест да не им се погодува на стремежите што не се спојливи со неговата природа и општествената цел. Овој критериум треба да се толкува на тој начин што оштетениот со досудениот надомест треба да си овозможи извесни задоволства и да ги ублажи болките, а не да стекнува неос-

³⁵ Види: проф. д-р Слободан Перовиќ: Коментар Закона о облигационим односима, Београд, 1995, стр. 468, 469

³⁶ Види: Димитрије Милиќ: Облигационо право са судском праксом, Београд, 1996, стр. 134

новано збогатување или стекнување друга имотна корист, посебно лукративни цели кои не се спојливи со општествената цел на оваа надомест. Општо е прифатено мислењето во теоријата и практиката дека не е допуштено да се врши комерцијализација на моралните вредности или личните добра кои не се мерливи во пари. Видно од некои високи тужбени барања се насетува таква тенденција.

XI НЕШТО ЗА ОПРЕДЕЛУВАЊЕ ВИСИНА НА НЕМАТЕРИЈАЛНАТА ШТЕТА

1. При определување на висината на нематеријалната штета, во судската практика постојат определени тешкотии. Законот за облигационите односи, член 189 и член 190, ги определил правните основи, критериумите и рамките во кои судот може да се движи при конечното пресудување и да го одмери надоместот за секој оштетен. Меѓутоа, во животот случаите се толку многубројни и различни што бараат од судот голема внимателност при утврдување на фактичката состојба, и тоа: за каква повреда на личноста станува збор, видот на нематеријалната штета, времетраењето на болката, јачината, последиците, односите меѓу директно и индиректно оштетените, имотните прилики и степенот на одговорноста за штетниот настан.

Законот за парничната постапка, член 209, судот го овластил да може според слободна оценка да одлучи за висината на штетата, ако таа не може да се утврди или би можела со несразмерни тешкотии. Ваквата слободна оценка судот најчесто ја користи кај нематеријалната штета за претрпени душевни болки поради нагрденост, намалена животна активност, смрт на блиско лице и слично. Притоа, судот е должен да ги земе предвид и да ги цени релевантните околности за секој случај и во образложението на пресудата да наведе кои околности и во која насока ги зел како основа на својата одлука. Сепак, и покрај ваквите утврдени критериуми, за речиси исти ситуации се донесуваат судски одлуки со различна висина на надомест. Тоа ќе се обидеме понатаму да го претставиме.

2. Во прилог на горната констатација, ќе наведеме неколку примери од донесени правосилни судски пресуди за определена висина на нематеријална штета по разни правни основи.

2.1. Пресуди за досудена нематеријална штета по член 189 од ЗОО, каде што постои директна штета:

а) Пресуда на Врховниот суд на Република Македонија Рев. бр.1655/94, со која се преиначени првостепената и второстепената пресуда и се досудени овие висини: физички болки – 100.000 денари; страв – 60.000 денари; нагрденост – 84.000 денари; намалена животна активност – 200.000 денари; или вкупно по сите основи – 444.000 денари. Оштетениот имал: тешка телесна повреда која се состои од еден исечен прст и друг скршен прст кој не може да се движи и 20 % намалена животна активност поради тоа.

б) Окружниот суд во Скопје со пресуда Гж. бр.3469/94 ја потврдил пресудата на Општинскиот суд Скопје I П. бр.514/93, каде што за сторена тешка

телесна повреда, и тоа: скршена десна потколенична коска лечена со ставање шини, дупчена на три места и оштетениот се движел со патерици, скршен черепот, а досудена е оваа висина: физички болки – 140.000 денари; страв – 84.000 денари; нагрденост – 84.000 денари; намалена животна активност – 280.000 денари, или вкупно по сите правни основи – 588.000 денари.

2.2. Пресуди за досудена нематеријална штета по член 190 од ЗОО, индиректна штета:

а) Апелациониот суд во Скопје со пресуда Гж. бр.563/96 од 14.12.2006 година ја одбил жалбата и ја потврдил пресудата на Општинскиот суд Скопје I П. бр.2737/94 од 19.9.1995 година, а со која за претрпени душевни болки поради смрт на ќерката во авионска несреќа им досудил на таткото и мајката по 540.000 денари, а на браќата и сестрите по 270.000 денари.

б) Апелациониот суд во Скопје со пресуда Гж. бр.5504/96 од 13.12.1997 година ја потврдил пресудата на Општинскиот суд Скопје I П. бр.2715/94 од 26.2.1996 година, со која за претрпени душевни болки поради смрт за синот, на мајката ѝ досудил износ од 540.000 денари, а на братот сума од 400.000 денари. Во постапка по ревизија, Врховниот суд на Република Македонија со пресуда Рев. бр.842/97 од 25.6.1998 година во овој дел за досудената висина на штетата ја одбил.

в) Врховниот суд на Република Македонија со пресуда Рев. бр.523/97 од 8.7.1998 година ги преиначил пресудите на Апелациониот суд во Скопје Гж. бр.5122/96 и на Општинскиот суд Скопје I П. бр. 2748/94 за претрпени душевни болки поради смрт на син, односно брат, на мајката ѝ досудил 620.000 денари, а на братот 310.000 денари.

2.3. Од наведените примери може да се извлече заклучокот дека досудената висина е различна, односно е помала кај оние оштетени кои лично трпат, односно имаат директна или изворна штета, одошто кај оние оштетени кои претрпеле душевни болки поради смрт на блиско лице, односно идиректна штета или од надворешен извор.

Сметаме дека судовите, при одмерување на висината на нематеријалната штета, треба да досудуваат повисоки износи за оние оштетени кои трпат директна, изворна штета, одошто оние што трпат индиректна штета од надворешен извор, поради смрт или тежок инвалидитет на блиско лице. Оној што лично трпи болки од повредите на своето тело не може никогаш да се изедначува со лица на кои телото им е здраво, а е повредена само нивната психа со душевна болка поради последици на блиско лице. До ваков заклучок се доаѓа и од формулацијата на Законот. Така, кога Законот зборува за надомест на нематеријална штета на директно оштетените, член 189, тој ги определува само основите и условите што треба да бидат исполнети и да се досуди надоместокот на штетата. Меѓутоа, кога ги определува условите за надомест за индиректно оштетените лица, член 190, за правото на нематеријална штета поради претрпени душевни болки причинети поради смрт или особено тешка инвалидност на нивни блиски лица, бара да постојат дополнителни услови, и тоа степен на сродство и фактички блиски односи, односно живеење во потрајна заедница на живот. Тоа понатаму значи дека блискиот однос упатува на утврдување дали оној што смета дека е оштетен имал очекувана наклоност спрема блиското лице, афекција. Доколку не постои елемент на блискост, изразен преку заеднички

живот, нема ниту основ да се досуди надомест (за браќата, сестрите и вонбрачниот другар).

2.4. Исто така, од наведените судски пресуди се забележува дека браќата и сестрите добиваат помал износ за претрпена психичка болка одошто родителите поради смрт на блиско лице. Ова може да се смета за оправдано ако се има предвид дека родителот секогаш е поблиско психички и физички врзан со своето дете и, ако го изгуби, трпи повеќе од браќата и сестрите, колку тие да биле упатени едни кон други. Меѓутоа, може да се забележи дека при слични ситуации, поради смрт на брат или сестра, на браќа и сестри се досудува различна висина на штета поради психичка болка. На некои се досудени 270.000 денари, на други 310.000 денари, а на трети 400.000 денари. Причините што се наведени за секој случај одвоено не се многу убедителни дека морало да се досуди таков износ.

Лично сме уверени дека вака досудените износи за нематеријална штета за индиректно оштетените лица се превисоки ако се има предвид колку е досудено на лицата директно оштетени, а што произлегува од наведените примери.

2.5. Со цел да се уедначи судската практика околу прашањето за висината на нематеријалната штета, потребно е да се определат некои појдовни мерила. Тоа би требало да биде просечната плата на вработените која се објавува месечно, а потоа тој износ да се зголемува зависно од степенот на повредата и штетата што се трпи, и тоа за сите видови одвоено. Иако овој метод не би бил најадекватен за да се определи праведниот надомест, сепак е подобар од никаков, како што сега стојат работите за ова правно и фактичко прашање.

XII НАМЕСТО ЗАКЛУЧОК

Според изнесеното за темата нематеријална штета и третманот во судската постапка, произлегува дека таа предизвикува посебен интерес во правната наука и судската постапка од повеќе причини. Преди сè, нематеријална штета се јавува во повеќе видови и кај различно оштетени субјекти, директно или индиректно, и кои ги остваруваат повредените права. Постојат проблеми во практиката кога се утврдува основот за постоење на повредените права, бараниот износ и големина на штетата. При пресудувањето, судот посебно води сметка за идентитетот на оштетениот, во кое својство се јавува во врска повредениот или починатиот и односот, а што има влијание за конечна одлука.

Во судската практика било поставено прашањето дали треба да се определат некакви критериуми и мерки за пресудување со цел да не постои разлика за исти или случни случаи во однос на висината на надоместот. Укажано е дека таков предлог е неподобен затоа што се јавуваат последици за сторена штета која е посебна и треба да се остави судот слободно да оценува како треба да се постапува и пресудува. Битно е за секоја штета да се утврдат релевантни факти и докази за фактичката состојба што ќе придонесе за правилна одлука.

**COMPENSATION FOR NON-MATERIAL DAMAGE IN COURT
PROCEEDINGS**

(Summary)

Compensation for non-material damage in court proceedings is a topic that causes particular interest in legal theory and case-law for several reasons. First of all, non-material damage occurs in many forms and to most damaged subjects, directly or indirectly. There are problems in practice when determining the basis for the existence of the violated rights, the required amount and the extent of the damage. The paper discusses a series of issues in relation to the compensation of non-material damage in court proceedings, such as the different types of non-material damage, the criteria that affect when determining compensation for non-material damage, separate issues related to determining the amount of non-material damage. All aspects of the subject matter are discussed through the prism of judicial practice.

Key words: compensation for damage, non-material damage, litigation.

Д-р Емилија Ѓорѓиоска, доцент на Економскиот факултет во Прилеп
при Универзитетот „Св. Климент Охридски“ во Битола

ЗАДОЛЖИТЕЛНО КОРИСТЕЊЕ АДВОКАТСКИ УСЛУГИ ЗА ПРАВНА ПОМОШ ВО ПОСТАПКИ ЗА ИЗДАВАЊЕ НОТАРСКИ ПЛАТЕН НАЛОГ

347.965:[347.745:347.961(497.7)
стручна статија

Со донесувањето на Законот за нотаријат од 2016 година, првпат во правниот поредок на нашата држава беше воведен нов режим во однос на задолжителното користење правна помош од адвокати, односно задолжително застапување на странките во дел од постапките што се водат пред нотарите во државата, меѓу кои и постапката за издавање нотарски платен налог. Овие законски решенија предизвикаа голема реакција во јавноста, пред сè, поради воведените ограничувања за физичките лица лично или кај правните лица преку правниците кои се во редовен работен однос да преземаат процесни дејствија во одредени постапки што се водат пред нотарите.

Во трудот ќе биде извршена анализа на одредбите со кои се регулира задолжителното користење адвокатски услуги во постапката за издавање на решение за нотарски платен налог, нивната (не)усогласеност со Законот за парничната постапка и одделни одлуки од Уставниот суд на Република Северна Македонија, како и последиците од примената на овие одредби. Исто така, ќе биде извршена компаративна анализа со законските решенија од земјите во регионот и регулативата на Европската Унија.

Клучни зборови: платен налог, нотаријат, адвокат, застапување.

1. Застапување на странки од полномошници

Застапувањето значи вршење правни дејствија во име и за сметка на друго лице. Поимот застапник опфаќа неколку подвиди: законски застапник – кој по сила на закон или врз основа на акт на надлежен орган застапува лица кои немаат парнична способност или од други причини не се во можност самите да се грижат за своите права и интереси; доброволни застапници или полномошници – кои своите овластувања ги црпат од волјата на странката и застапници по статут, друг општ акт или по закон – орган-застапник кој застапува правни лица врз основа на акт со кој се уредува нивното основање и дејствување.¹

Од големо значење за странките при користењето услуги за доброволно застапување, односно користење адвокатски услуги во еден правен систем е признавањето, односно непризнавањето на постулативната способност на

¹ Triva Siniša, Dika Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo* (7. izmijenjeno i dopunjeno izd. Narodne Novine 2004) 317-318

странките. Во процесноправната наука, поимот постулативна способност²³ на странките означува способност на парнично способното лице само, без посредство на други лица, да може да презема процесни дејствија кои се релевантни во постапката. Постулативната способност на странката означува дека странката може сама, без потреба да ангажира полномошник, да поднесува разни поднесоци пред судовите, државните органи, нотарите, извршителите итн. да презема други процеси дејствија кои се правно релевантни. Во правните системи каде што на странките во постапките не им се признава постулативната способност, странките се должни да ангажираат полномошници за да можат да ги заштитат своите права и интереси во постапките.

Во Република Северна Македонија, согласно со Законот за парничната постапка⁴, странките во граѓанските постапки кои се парнично способни можат да преземаат дејствија во постапката лично или преку полномошници. Оваа одредба има пермисивен карактер и им остава право на странките да избираат дали во постапката ќе дејствуваат сами или преку трето лице. Во парничната постапка, онака како што е уредено во овој момент, деловно способните странки имаат постулативна способност и имаат целосно право слободно да се одлучат за која било од овие две опции.

Според одредбата од член 81 од Законот за парничната постапка, полномошник на странката може да биде: 1) адвокат, 2) лице – дипломиран правник кое со странката е во работен однос и 3) роднина по крв во права линија, брат, сестра или брачен другар, доколку се потполно деловно способни. Одредено ограничување на постулативната способност на странките има во споровите чијашто вредност надминува 1.000.000 денари. Во тој случај, полномошник на правно лице може да биде лице кое е дипломиран правник со положен правосуден испит и кое е во работен однос со правното лице.

Иако Законот за парничната постапка тргнува од принципот на слободно застапување, што значи слободна диспозиција на парнично способната странка дали парницата ќе ја води сама или преку полномошник, тој сосема не го афирмира тој принцип⁵. Изборот на странката – физичко лице во парничните постапки под услов да се одлучи постапката да ја води преку полномошник се сведува на избор помеѓу: адвокат или роднина по крв во права линија, брат, сестра или брачен другар, доколку се потполно деловно способни. Странката правно лице може да биде застапувана од застапникот по закон или, пак, застапувањето да им го доверат на полномошници: адвокат или дипломиран правник кој е во работен однос кај правното лице. Законодавецот прифатил некое средишно, компромисно стојалиште избегнувајќи ги двете крајни решенија: слободно застапување или ексклузивно застапување само од адвокати, професионални и висококвалификувани полномошници (*advokatenzwang*). Причините за оправданост на воведувањето на задолжителното застапување од адвокати

² Повеќе Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinić. *Граѓанско процесно право* (petnaesto izmenjeno I dopunjeno izdanje Savremena administracija, 1999), 118.

³ Арсен Јаневски, Татјана Зороска-Камиловска, *Граѓанско процесно право, книга прва Парнично право* (второ изменето и дополнето издание, Јустинијан Први, Скопје 2012) 202–204.

⁴ Закон за парничната постапка 2005, „Сл. весник“ 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010, 124/2015, понатаму ЗПП.

⁵ Јаневски, Зороска-Камиловска (n 3) 241.

(квалификувано застапување) во еден правен поредок, во принцип, се темелат на: потребата од поголемо познавање на правото во постапката; доминирањето на расправното начело во постапките, кога странките имаат поактивна улога во постапката и кога товарот за прибирање на доказите и фактите е пренесен на нив; заштитата на неуките странки, но и заштитата на адвокатската професија. Во теоријата постојат сфаќања дека со задолжителното адвокатско застапување не се зголемуваат трошоците во постапката, туку стручната и прописно водената постапка е пократка, а со тоа и поевтина, така што може да се смета дека зголемените трошоци за ангажирање адвокат се пребиваат со намалените трошоци за квалификувано водената постапка⁶.

Обид за законско воведување ексклузивитет во обезбедувањето и давањето правна помош исклучиво од адвокатите во Република Македонија, а со тоа и воведување постулациона способност само на адвокатите, е направен со донесувањето на Законот за адвокатурата („Службен весник на Република Македонија“ бр. 59/2002). Но, спорните одредби од Законот за адвокатурата се укинати со Одлуката на Уставниот суд на Република Македонија У. бр. 134/2002 година, објавена на 18.2.2003 година во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 10/2003 со образложение дека: „Според мислење на Судот, целта на член 53 од Уставот е да се утврди статусот и положбата на адвокатурата како самостојна и независна јавна служба што обезбедува правна помош и врши јавни овластувања во согласност со закон, што е израз на фактот дека правната помош дадена од стручно-квалификувана, самостојна и независна служба е основна гаранција за остварување и заштита на слободите и правата на човекот и граѓанинот. Меѓутоа, вклучувањето и утврдувањето на адвокатурата со означениот статус и својство, како една од уставните гаранции за основните слободи и права, не значи дека таа е и единствена надлежна за давање и обезбедување правна помош. Секое толкување на член 53 од Уставот, во смисла дека тој ја исклучува можноста правна помош да обезбедуваат и други субјекти, освен адвокатурата, според судот би било многу рестриктивно и не би соодветствувало на значењето и уставниот третман на слободите и правата на човекот и граѓанинот“⁷.

Од поново време, ограничување на постулационата способност на странките во одредени граѓанско-правни постапки кои се водат пред извршителите и

⁶ Stefan Georgievski, “Nova načela građanskog pravosuđenja”, (2006) [56] (2-3), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 405.

⁷ Понатаму, Судот во Одлуката наведува дека оспорените одредби негативно ќе се одразат врз реалното остварување на слободите и правата на граѓаните што секако не е во согласност со интенциите на Уставот во тој поглед. Правната помош, според Уставниот суд, е предуслов за остварување на слободите и правата и со законски одредби од тој тип на индиректен начин се врши ограничување на другите права и слободи на граѓаните.

„Имајќи ги предвид условите за упис во именикот на адвокатите, со кој се стекнува својство на адвокат, Судот смета дека решенијата според кои адвокатите се единствено надлежни за давање и обезбедување правна помош не може да се оправда ниту од аспект дека тие се единствено квалификувани за тоа. Ова е така од едноставна причина што адвокатите се само дел од единствената правна професија и тие имаат исто знаење и способности како и другите лица со завршен правен факултет и положен правосуден испит. Со тоа што овие лица не се определиле професионално да се занимаваат со адвокатура, не ги прави помалку квалификувани од адвокатите и тие да даваат правна помош, било на граѓаните или на правните лица во кои се вработени.“

нотарите во државата беа направени во 2016 година со донесувањето на Законот за нотаријатот и Законот за извршување⁸.

По речиси дваесет години од воведувањето на нотаријатот како јавна служба во правниот поредок во Република Северна Македонија, во 2016 година беше донесен третиот по ред закон⁹ со кој се уредува организацијата на нотаријатот како јавна служба и неговите органи, постапката за именување и разрешување на нотарите, делокругот на работа и службените дејствија на нотарите, овластувањата на нотарите, составувањето нотарски исправи, надзорот и дисциплинската одговорност на нотарите, како и други прашања кои се однесуваат на нотаријатот. Меѓу другите новини што беа воведени со Законот за нотаријат од 2016 година, беа ограничувањата на постулативната способност на странките во дел од постапките што се водат пред нотарите во државата. Голема реакција во јавноста предизвикаа законските ограничувања на физичките лица лично или кај правните лица преку правниците кои се во редовен работен однос да преземаат процесни дејствија во одредени постапки што се водат пред нотарите, а за сметка на тоа беше предвидено задолжително користење адвокатски услуги и застапување од страна на адвокат.

Определувањето за или против задолжително застапување од страна на адвокат е политичка одлука, но доколку се прифати задолжителното адвокатско застапување, неопходна е: сеопфатна промена на соодветните одредби од Законот за парничната постапка, Законот за адвокатура и други прописи; промената да биде постепена и со долг вакационен рок за примена и да се темели на сеопфатно истражување – компаративна правна анализа и емпириско истражување кое ќе даде потполен увид во социјалните консеквенции од реформата¹⁰.

2. Адвокатска правна помош и застапување во постапки за издавање нотарски платен налог

Постапката за издавање платен налог е скратена, редуцирана когнициска постапка во која се остварува заштита на пристигнати парични побарувања за кои постојат квалификувани писмени докази – докази кои со оглед на своето потекло и содржина заслужуваат посебна доверба¹¹. Во процесната теорија

⁸ Закон за извршување 2016, „Службен весник“ 72/2016, 142/2016, 233/2018, 14/2020.

⁹ Хронолошки, првиот закон со кој се воведо нотаријатот беше Законот за вршење на нотарски работи од 1995 година, „Службен весник“ 59/96, 25/98, 6/2002, 66/2006 кој започна да се применува од 1 октомври 1997 година. Вториот закон беше Закон за нотаријатот од 2007 година, „Службен весник“ 55/2007, 86/2008, 139/2009, 135/2011, кој влезе во сила од 12 мај 2007 година и се применуваше сè до 1 јануари 2017 година кога започна да се применува сега актуелниот Закон за нотаријатот од 2016 година, „Службен весник“ 72/2016, 142/2016, 233/2018. Донесувањето на Законот за нотаријат е негативно оценето во Извештајот за Македонија за 2016 година бидејќи бил донесен избрзано, во скратена постапка, без консултации со стручната фела. European Commission, The former Yugoslav Republic of Macedonia 2016 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2016 Communication on EU Enlargement Policy (2016) {COM(2016) 715 final}, 54.

¹⁰ Види повеќе Alan Uzelac, „Obvezatno odvjetničko zastupanje? Prilog diskusiji o reformi hrvatskog parničnog prava. Teorijski i komparativni aspekti.“ (1998) 37 *Pravo u gospodarstvu*, 149, 185.

¹¹ Јаневски, Зороска-Камилоска, (n 3) 511.

постојат два вида платни налози: документиран и недокументиран. Документираниот платен налог се издава врз основа на приложени веродостојни исправи. Поднесувањето на такви исправи претставува посебна процесна претпоставка во која мандатната постапка го наоѓа своето правно-политичко оправдување¹². За разлика од тоа, недокументираните платени налози се издаваат за наплата на помало парично побарување од помала вредност кое тужителот не го докажува со веродостојна исправа.

Со цел да се растоварат судовите од постапките за издавање платни налози, кои беа многубројни и важат за едноставни постапки, од 1 јули 2010 година, кога започна да се применува Законот за изменување и дополнување на Законот за извршување („Службен весник на Република Македонија“ бр. 83/2009), постапките за издавање платни налози, односно „постапките за донесување на решение со кое се дозволува извршување врз основа на веродостојна исправа“ (документираните платни налози) беа пренесени во надлежност на нотарите. Целта на законодавецот тогаш беше поедноставување и зголемување на ефикасноста во овие постапки. До донесувањето на Законот за изменување и дополнување на Законот за парничната постапка („Службен весник“ бр. 124/2015), во македонското право постоеше можност да се побара од основните судови издавање недокументиран платен налог за побарување во вредност до 180.000 денари. Во законското решение од 2010 година не постоеше посебна одредба за начинот на застапување на странките во оваа постапка, туку се применуваа општите одредби за застапување на странки согласно со Законот за парничната постапка.

Со донесувањето на Законот за нотаријатот од 2016 година, постапката за издавање нотарски платен налог беше регулирана со Законот за нотаријатот, што од технички аспект и заради подобра систематизираност на законските одредби беше подобро решение. Третиот закон не беше само и исклучиво копирање и пренесување на текстот за издавање нотарски платен налог од Законот за извршување, туку содржи и суштински промени во делот на задолжително користење адвокатски услуги за правна помош и/или застапување на странките во постапките за издавање нотарски платен налог. Така, согласно со член 68 став 2 од Законот: „Предлог за издавање на решение за нотарски платен налог врз основа на веродостојна исправа, приговорот против решението со кое е издаден нотарски платен налог или по однос на одлуката за трошоците, приговорот против решението на нотарот со кое се отфрла предлогот како неуреден, предлогот за укинување на потврдата на правосилност и извршност, приговорот против решението на нотарот за укинување на потврдата за правосилност и извршност, приговорот против одлуката на нотарот со која се одбива предлогот за укинување на потврдата на правосилност и извршност, жалбата против решението на судот, задолжително ги составува адвокат и содржат адвокатски печат и потпис, освен доколку доверител е Република Македонија.“ Оваа одредба, бездруго, значеше укинување на постулативната способност на странките, а со тоа воведување обврска на странките во постапката, доверители или должници според веродостојни исправи, задолжително да користат адвокатски услуги за правна помош за составување поднесоци или да ангажираат адвокати

¹² Poznić, Rakić-Vodinić. (n 2) 390.

како полномошници во постапката за издавање решение за нотарски платен налог. Во спротивно, странките ќе бидат спречени да ги остварат и заштитат своите права во оваа постапка. Целта со која законодавецот го правдаше ова решение е зголемување на правната сигурност на странките во постапките, што законодавецот сметаше дека може да биде единствено обезбедена доколку во овие постапки пред нотарите постапуваат единствено висококвалификувани стручни лица – адвокати.

Законодавецот предвидел одредени исклучоци од ова решение. Така, во став 3 од член 68 од Законот за нотаријатот, пропишал дека предлогот за издавање решение за нотарски платен налог за побарување кое произлегува од комунални услуги, и тоа: за вода, смет и одржување заеднички простории за парично побарување од веродостојна исправа до 6.000 денари; за електрична или топлинска енергија за парично побарување од веродостојна исправа до 15.000 денари; за телефонија, мобилни оператори или кабелски оператори за парично побарување од веродостојна исправа до 6.000 денари, се поднесува непосредно до нотарот¹³. Во поповолна положба, без обврска за предлогот за издавање нотарски платен налог да биде составен од адвокат и да содржи адвокатски печат и потпис, согласно со став 4 се: банките, штедилниците, финансиските друштва, давателите на финансиски лизинг или осигурителните друштва, во улога на доверители, само кога вредноста на побарувањето во веродостојната исправа е под 10.000 евра. Реакциите од јавноста беа дека законодавецот со овие исклучоци, правејќи позитивна дискриминација само за одредени субјектите во правниот промет, ги става останатите учесници во правниот промет во нерамноправна и подредена положба. Толкувајќи ги овие одредби, при следната симулација, вработените во правните служби или застапниците по закон во претпријатијата за комунални услуги за парично побарување од веродостојна исправа од 5.999 денари имаат постулациона способност и знаење сами да составуваат предлози за издавање решение за нотарски платен налог. Ситуацијата би била сосем поразлична доколку станува збор за побарување од 6.005 денари или, пак, ако вработениот во правните служби го промени работодавачот – заснова работен однос во трговско друштво кое не врши некоја од привилигираните дејности опфатени со став 3 и став 4 од цитираниот член. Во тој случај, истото лице, со истото знаење и стручност, нема да има постулациона способност за да преземе правно дејствие, поднесување предлог за издавање нотарски платен налог, па ќе му биде неопходна адвокатска правна помош. Според словото на законодавецот, ниту пензиониран адвокат, судија од граѓански оддел или, пак, универзитетски професор по граѓанско право немаат постулациона способност за да поднесат приговор против решението со кое е издаден нотарски платен налог во правно релевантна форма.

Со воведувањето задолжително користење услуги за составување поднесоци или застапување од страна на адвокат, постапката за издавање нотарски

¹³ Првичниот вредносен праг за побарувањата по овие основи, со основниот текст на законот, беше утврден пониско, и тоа: до 2.000 денари за побарувањата за вода, смет и одржување на заеднички простории и за телефонија, мобилни оператори или кабелски оператори, додека, пак, за побарувања за електрична или топлинска енергија за парично побарување од веродостојна исправа до 6.000 денари. Измената беше направена со донесувањето на Законот за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот 2018, „Службен весник“ 233/2018.

платен налог стана поскапа и понедостапна за граѓаните и за правните лица, кои имаат обврска за кое било процесно дејствие во оваа постапка да ангажираат адвокат. Со јазикот на економистите, постапката стана поскапа, некономична, и спротивна на целта за која таа се воведе како посебна и поедноставна постапка.

Иако основите за постулационата способност и застапувањето на странките согласно со Законот за парничната постапка се поставени полиберално отколку во постапките пред нотарите за издавање решение за нотарски платен налог, основните судови во постапките по приговори по издадени нотарски платни налози ги отфрлаат приговорите доколку не се поднесени од страна на адвокат, согласно со член 68 од Законот за нотаријат¹⁴.

За да биде неконзистентноста уште поголема, законодавецот во Законот за нотаријат пропишал дека во постапките за издавање нотарски платен налог, супсидијарно се применуваат одредбите од Законот за парничната постапка. При воведувањето на задолжителното користење адвокатски услуги за составување поднесоци и/или застапување од страна на адвокат во постапките за издавање нотарски платен налог, законодавецот изгубил од вид дека предмет на регулирање со Законот за парничната постапка се правилата на постапката врз основа на кои судот расправа и одлучува во споровите за основните права и обврски на човекот и граѓанинот, за личните и семејните односи на граѓаните, како што се работните, трговските, имотните и другите граѓанско-правни спорови, како и фактот што Законот за парничната постапка се донесува со двотретинско мнозинство гласови од вкупниот број пратеници. На овој начин, за едноставни, типски процесни дејствија, како што е поднесувањето предлог за издавање нотарски платен налог (документиран, поткрепен со веродостојна исправа), со цел поголема правна сигурност, законодавецот пропишал задолжително користење адвокатски услуги, а за најсложените лични, семејни, работни, трговски, имотни и други граѓанско-правни спорови кои се водат пред судовите, во прв, втор или трет степен, странките може сами да ги застапуваат своите права или да овластат полномошник, според пермисивните одредби од Законот за парничната постапка.

Критиките од јавноста за цената на чинење на овие постапки делумно беа прифатени со тоа што во февруари 2019 година беше донесена Нотарска тарифа за изменување на Нотарската тарифа¹⁵. Во Нотарската тарифа, нотарската награда за потврда за правосилност и извршност на решението беше избришана и беше утврден максималниот праг за нотарска награда за издавање нотарски платен налог согласно со член 68 став 3 од Законот. Исто така, во септември 2019 година беше донесена Одлука за измена и дополнување на Тарифата за награда и надоместок на трошоците за работа на адвокатите со која

¹⁴ Мал број на примери од практиката се: Решението на Основен граѓански суд Скопје 50 ПЛ1-ТС- 389/21 од 10.03.2021 година; Решението на Основен суд Охрид МАЛВПЛ1-П-58/20 од 07.12.2020 година; Решението на Основен суд Скопје 2-Скопје ПЛ1-П-1324/18 од 25.09.2018 година; Решението на Основен суд Ресен ПЛ1-П-2/17 од 28.2.2017 година.

¹⁴Оттикнува од вакво решение со кое се отфрла приговорот по платниот налог, физичко лице во својство на должник поднел иницијатива до Уставен суд за оценување на уставноста на споменатата одредба од Законот за нотаријатот која со Решение **У.бр.7/2021 од 21.4.2021 година е отфрлена.**

¹⁵ Нотарска тарифа за изменување на Нотарската тарифа, 2019, „Службен весник“ 33/2019.

беше намалена наградата за адвокатите во постапката пред нотар за предлог за издавање нотарски платен налог, како и приговор против нотарски платен налог. Иако со овие измени на тарифите, по две години од примената на Законот за нотаријатот од 2016 година, во еден дел се намалија трошоците на странките во оваа постапка, сепак, обврската за задолжително користење на адвокатските услуги значително ја усложнува и поскапува правната заштита.

Негативни реакции и осуди на овие решенија стигнуваат и од стручната јавност и од стопанските субјекти. Наведените одредби беа предмет на повеќе иницијативи до Уставниот суд¹⁶ и барања за измени на законите поднесени преку Стопанската комора и Организацијата на работодавачи.

Оцената на Нотарската комора за примената на овие одредби е дека новиот закон предизвика негативен ефект што директно се одразува не само на граѓаните и на правните субјекти, туку и на целокупниот правен промет и живот во државата и дека со одредбите со кои е утврдено задолжително застапување на странките од адвокат е повредено загарантираното право со Уставот на слободна диспозиција на граѓаните; постапките пред нотар се значително отежнати и временски обременети; има зголемени и непотребни финансиски импликации на товар на граѓаните и на правните субјекти; доведена е во прашање правната сигурност, како еден од темелите за владеење на правото¹⁷.

Ваквото законско решение наидува на негативни критики и во Извештајот за Република Северна Македонија за 2020 година¹⁸ и во Извештајот

¹⁶ Иницијативите до Уставниот суд за укинување на овие одредби од Законот за нотаријат не дадоа резултат. Последна од низата иницијативи за која одлучувал Уставниот суд е **У. бр. 130/2021**, која Уставниот суд ја отфрли. За разлика од иницијативите поднесени за укинување на член 28 став 1 во делот: „Барањето за извршување на извршната исправа чија вредност на главното побарување е над 10.000 евра задолжително го составува адвокат и содржи адвокатски печат и потпис, освен во случаите кога доверител при извршувањето е Република Македонија, банка, штедилница, финансиско друштво, давател на финансиски лизинг или друштво за осигурување како правно лице“; член 86 став 1 во делот: „Приговорот на извршно дејствие во предметите по извршната исправа чија вредност на главното побарување е над 10.000 евра задолжително го составува адвокат и содржи адвокатски печат и потпис, освен во случаите кога како странка во извршувањето се јавуваат Република Македонија, банка, штедилница, финансиско друштво, давател на финансиски лизинг или друштво за осигурување како правно лице и член 87 став 1 во делот: „Жалбата против решението донесено по приговор на извршно дејствие во предметите по извршната исправа чија вредност на главното побарување е над 10.000 евра задолжително го составува адвокат и содржи адвокатски печат и потпис освен во случаите кога жалбата ја поднесува извршителот кој презел извршни дејствија, или кога како странка при извршувањето се јавуваат Република Македонија, банка, штедилница, финансиско друштво, давател на финансиски лизинг или друштво за осигурување како правно лице, од Законот за извршување („Службен весник на Република Македонија“ број 72/2016 и 142/2016) кои по спроведена постапка за оценување на уставноста на наведените одредби од Законот беа укинати со Одлука на Уставниот суд У бр. 135/2016 од 24 јануари 2018 година.

¹⁷ Настап на претседателот на Нотарската комора на Република Северна Македонија, Васил Кузманоски, на 46-та седница на јавна расправа по предлог-законот за изменување и дополнување на Законот за нотаријат на Собранието на Република Македонија, одржана на 7 ноември 2018 година, (35) Нотариус 16 NOTARIUS-35.pdf (nkrm.org.mk), пристапено 14 февруари 2022.

¹⁸ European Commission, North Macedonia 2020 Report Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2020 Communication on EU Enlargement Policy (2020), SWD (2020) 351 final, 20.

за Република Северна Македонија за 2019 година¹⁹ каде што е наведено дека задолжителното присуство на адвокат во постапките за издавање платен налог и во оставинската постапка го ограничува или го оневозможува пристапот до правдата за најсиромашните граѓани.

3. Застапување на странките во постапките за издавање платен налог во земјите од регионот и согласно со Регулативата за воведување постапка за европски платен налог

Постапката за издавање платен налог според националното право во Република Хрватска е судска постапка регулирана со Законот за парничната постапка²⁰. Бидејќи во Законот е пропишано дека ако со посебната постапка за издавање платен налог не е нешто посебно регулирано, ќе се применуваат останатите одредби во Законот, за застапувањето во постапката за издавање платен налог се применуваат општите одредби од Законот за парничната постапка за застапување. Согласно со Законот, во парничната постапка странките може да се застапуваат сами; а согласно со член 89а, во постапката може да ги застапува адвокат; лице вработено кај странката ако е целосно деловно способно; сродник по крв во прва линија, брат, сестра, брачен другар ако е целосно деловно способно и ако не се занимава со надриписарство. Ексклузивитетот за застапување во парнична постапка исклучиво од адвокат, законодавецот го оставил само за поднесување предлог за дозволување ревизија и за изјавување ревизија, но и тука законодавецот не бил многу рестриктивен и оставил можност и предлог за дозволување ревизија и за изјавување ревизија да може да изјави лично странката ако има положено правосуден испит или полномошник кој има положено правосуден испит²¹.

Застапувањето на странките во парнична постапка во Република Србија, како и постапката за издавање платен налог се регулирани со Законот за парнична постапка.²² Согласно со член 85, полномошник на физичко лице може да биде адвокат, крвен сродник во права линија, брат, сестра или брачен другар, како и претставник на службата за правна помош на единиците на локалната самоуправа кој е дипломиран правник со положен правосуден испит. Полномошник на правно лице може да биде адвокат, како и дипломиран правник со положен правосуден испит кој има засновано работен однос во правното лице. Законодавецот нема утврдено посебен режим за застапување на странките во постапките за издавање платен налог. Рестриктивниот режим во однос на застапувањето законодавецот го пропишал за постапките по вонредни правни лекови, каде што странките единствено може да ги застапува адвокат.

¹⁹ European Commission, North Macedonia 2019 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2019 Communication on EU Enlargement Policy (2019) SWD (2019) 218 final, 18-19.

²⁰ Zakon o parničnom postupku 1991, NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.

²¹ Zakon o parničnom postupku 1991, 91- a.

²² Zakon o parničnom postupku 2011, Sl. glasnik RS 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

Законодавецот на Република Словенија, исто така, во судската постапка за издавање платен налог не пропишал обврска за странките за задолжително застапување од страна на адвокати. За застапување во оваа постапка важат општите правила од Законот за парнична постапка.²³ Во постапките пред првостепените судови деловно способната странка може сама да ги врши дејствијата во постапката, додека, пак, во постапките пред второстепените судови и Врховниот суд странката може да биде застапувана само од адвокат или од друго лице кое има положено правосуден испит.

Согласно со член 1 од Спогодбата за стабилизација и асоцијација меѓу Република Македонија, од една страна, и Европските заедници и нивните земји членки, од друга страна, објавена во „Службен весник“ бр. 28/2001, целта на асоцијацијата е поддржување на напорите на Република Македонија за развој и економска и меѓународна соработка, како и усогласување на нејзиното законодавство со законодавството на Заедницата. Република Македонија презеде обврска, која треба да ја почитува, за усогласување на законодавството со законодавството на Европската Унија.

Регулатива со која се уредува постапката за европски платен налог е Регулативата бр. 1896/2006 од Европскиот парламент и совет за воведување постапка за европски платен налог од 12.12.2006 година.²⁴ Во преамбулата на Регулативата е наведено дека целта на Регулативата е правилно функционирање на внатрешниот пазар и отстранување на пречките за добро функционирање на парничните постапки. Потребата од брза ефикасна наплата на ненамирените долгови, имајќи предвид дека задоцнетото плаќање на долговите е причина за неликвидност која се заканува на опстанувањето на компаниите, посебно на малите и на средните, а за последица има и губење многу работни места, како и претенциите да се реши проблемот со масовната наплата на неспорните побарување се уште еден повод за донесувањето на оваа регулатива. Целта на Регулативата е да ја поедностави, односно да ја забрза постапката со помалку трошоци во однос на неспорните парични побарувања, притоа дефинирајќи минимални стандарди за прекуграничните случаи кои се однесуваат на неспорни парични побарувања. Постапката, во најголема мера, треба да се темели на користење стандардни обрасци, кои се прилог на Регулативата и се користат за комуникација помеѓу судот и странките. Имајќи предвид дека оваа постапка се однесува на неспорни побарувања, во член 24 од Регулативата е предвидено дека не е задолжително застапување од страна на адвокат или други правни стручњаци. Бидејќи станува збор за едноставна или типска процедура, која се темели на користење стандардни обрасци во комуникацијата на судот и

²³ Zakon o pravdnem postopku 2007, Uradni list RS 73/07.

²⁴ European Parliament and Council Regulation (EC) No 1896/2006 of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure [2006] OJ L399/1. Измени на Регулативата се направени со следните регулативи: Commission Regulation (EU) No 936/2012 of 4 October 2012 on amending the Annexes to Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure [2012] OJ L283/1, European Parliament and Council Regulation (EU) 2015/2421 of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 creating a European order for payment procedure [2015] OJ L341/1, Commission Delegated Regulation (EU) 2017/1260 of 19 June 2017 replacing Annex I to Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure [2017] OJ L182/1.

странките и се овозможува користење автоматска обработка на податоци²⁵, не е потребно посебно стручно знаење за застапување на интересите и правата на странките во постапката. Во таа насока, издржана е одредбата да не биде задолжително ангажирањето адвокат или друго стручно лице за застапување на странките во постапката. Следствено на тоа, пристапот до судот и до правдата им е дополнително олеснет на странките во постапките.

Кога се зборува за националните постапки за издавање платни налози, употребата на стандардни обрасци за иницирање на постапката е доста широкоприменувано во земјите членки на Европска Унија. Исто така, застапувањето на странките од страна на адвокат во постапките за издавање платен налог не е задолжително во ниту една земја членка²⁶.

4. Заклучок

Компарирајќи ги решенијата на нашиот законодавец и Регулативата на ЕУ, може да се изведе заклучок дека нашиот законодавец многу ја ограничил постулативната способност на странките во постапките за издавање документарен платен налог, не оставајќи им можност на странките сами да составуваат и да поднесуваат поднесоци, ниту, пак, да можат да ангажираат други лица кои согласно со ЗПП може да бидат полномошници, освен адвокати.

Несомнено дека ваквата одредба за странките предизвика зголемување на трошоците од постапката, непотребно комплицирање на постапката која важи за едноставна, неспорна, скратена и типска постапка, а со тоа крајниот ефект беше отежнување и ограничување на пристапот до правдата.

Бидејќи е почнат процес за подготовка на предлог-закон за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот, чијашто цел ќе биде да се подобрат законските одредби и да се доуреди Законот во делот на одредбите за издавање решение за нотарски платен налог, предавање на архивата на нотарот по престанок на службата и прецизирање на одредбите за плаќање на судската такса по поднесени предлози за издавање решение за нотарски платен налог, рокот за издавање решение за нотарски платен налог и усогласување на Законот со други закони, авторот смета дека треба да бидат ревидирани одредбите кои се однесуваат на задолжително користење адвокатски услуги во оваа постапка. Несомнено, пред донесувањето какви било измени, потребно е да се направат емпириски истражувања за можните социјални и економски консеквенции од реформите, треба да се има предвид и рамката утврдена со Законот за парничната постапка, што е *lex generalis* во однос на постапката за издавање платен налог, да се имаат предвид и забелешките на Европската Унија за напредокот на државата во делот за функционирањето на правосудството, како и соодветните решенија од компаративното право и Регулативата на ЕУ.

²⁵ Точка 11 од преамбулата на Регулативата.

²⁶ Повеќе Xandra E. Kramer, "The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation" (2008) 2 Zeitschrift für europäisches Privatrecht. 355, 373.

Исто и COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, 'GREEN PAPER ON A EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE AND ON MEASURES TO SIMPLIFY AND SPEED UP SMALL CLAIMS LITIGATION', COM(2002) 746 final, 55.

Можеби би било подобро, поедноставно и поефикасно за странките во постапката кога наместо обврска за задолжително користење адвокатски услуги и/или застапување од страна на адвокат, по примерот на Европската Унија за постапката за издавање европски платен налог и голем број земји членки на Европската Унија, да бидат пропишани посебни обрасци кои странките ќе може да ги користат за поднесување предлог за издавање платен налог и приговор по платен налог. Во секој случај, доколку странката не сака или не може сама да ги употребува предложените обрасци, ќе има непречено право да ангажира стручно лице – адвокат. Во компаративното право, задолжителното користење адвокатски услуги, оставајќи можност странката сама да ги презема процесните дејствија доколку има исти квалификации како адвокатите, е резервирана за постапките по најсложените спорови пред највисоките судови во државата, што во никој случај не е постапката за издавање решение за нотарски платен налог врз основа на веродостојна исправа.

MANDATORY USE OF ATTORNEY SERVICES FOR LEGAL AID IN THE NOTARY PAYMENT PROCEDURE

(Summary)

With the adoption of the Law on Notaries in 2016, for the first time in the legal order of our country, a new regime was introduced regarding the mandatory use of the legal aid by attorneys, ie mandatory representation of parties in some of the proceedings conducted in front of notaries in the country, including the procedure for issuing a notary payment order. These legal solutions caused a great reaction in the public, primarily due to the imposed restrictions on individuals or legal entities through full-time employees to take procedural actions in certain proceedings conducted in front of notaries.

The paper will analyze the provisions governing the mandatory use of attorney's services in the procedure for issuing a decision for a notary payment order, their (non) compliance with the Law on Civil Procedure, and certain decisions of the Constitutional Court of the Republic of North Macedonia, as well as the consequences of the application of these provisions. A comparative analysis with the legal solutions from the countries in the region and the regulation of the European Union will also be performed.

Keywords: payment orders, notary, attorney, representation.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Alan Uzelac, "Obvezatno odvjetničko zastupanje? Prilog diskusiji o reformi hrvatskog parničnog prava. Teorijski i komparativni aspekti." (1998) 37 *Pravo u gospodarstvu*.
2. Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić. *Građansko procesno pravo* (petnaesto izmenjeno I dopunjeno izdanje Savremena administracija, 1999).
3. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, GREEN PAPER ON A EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE AND ON MEASURES TO SIMPLIFY AND SPEED UP SMALL CLAIMS LITIGATION, COM (2002) 746 final.
4. Dinka Sago, "THE EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT" (2021), Economic and Social Development 70th International Scientific Conference on Economic and Social Development Book of Proceedings.
5. European Commission, North Macedonia 2019 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2019 Communication on EU Enlargement Policy, SWD (2019) 218 final.
6. European Commission, North Macedonia 2020 Report Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2020 Communication on EU Enlargement Policy, SWD (2020) 351 final.

7. European Commission, The former Yugoslav Republic of Macedonia 2016 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2016 Communication on EU Enlargement Policy COM(2016) 715 final.
8. European Parliament and Council Regulation (EC) No 1896/2006 of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure [2006] OJ L399/1.
9. Europski portal e-pravosuđa - Europski platni nalog (europa.eu)
10. <https://www.vsrn.mk/>
11. Stefan Georgievski, "Нова načela građanskog pravosuđenja", (2006) [56] (2-3), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu.
12. Triva Siniša, Dika Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo* (7. izmijenjeno i dopunjeno izd. Narodne Novine 2004).
13. Xandra E. Kramer, "The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation" (2008) 2 Zeitschrift für europäisches Privatrecht.
14. Zakon o parničnom postupku 2011, Sl. glasnik RS 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.
15. Zakon o parničnom postupku, 1991, NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.
16. Zakon o pravdnem postupku 2007, Uradni list RS 73/07.
17. Арсен Јаневски, Татјана Зороска-Камиловска, *Граѓанско ѓроцесно ѓправо, книѓа ѓрва Парнично ѓправо* (второ изменето и дополнето издание, Јустинијан Први Скопје 2012).
18. Закон за извршување 2016, „Службен весник на Република Македонија“ 72/2016, 142/2016, 233/2018, 14/2020.
19. Закон за нотаријатот 2016, „Службен весник на Република Македонија“ 72/2016, 142/2016, 233/2018.
20. Закон за парничната постапка 2005, „Службен весник на Република Македонија“ 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010, 124/2015.

д-р Татјана Штерјова Душковска, генерален секретар на Коморскиот инвестициски форум во Трст и поранешен соработник во настава по предметот Граѓанско процесно право на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Универзитетот „Св.Кирил и Методиј“ во Скопје

ПОСТАПКИТЕ ЗА КОЛЕКТИВНА ЗАШТИТА НА ПРАВАТА И ВИДОВИТЕ ПРАВА КОИ СЕ ЗАШТИТУВААТ ВО ТИЕ ПОСТАПКИ

347.12.037:347.91/.95
прегледна научна статија

Колективизацијата и „масивизацијата“ која го одбележува секојдневното современо живеење не го одминува ни системот за заштита на граѓанските права и правнозаштитени интереси. Впрочем, парничната постапка е механизам кој треба да пружи заштита на права чиј обем и содржина се определени со материјалното право, независно од правилата што законодавецот ги пропишал за да се обезбеди нивна заштита во секоја ситуација во која тие се на некој начин повредени, оспорени или загрозувани. Сепак, во ситуација кога постојат голем број лица кои сакаат да остварат заштита на права кои имаат иста (или истовидна) фактичка и правна основа, се поставува прашањето дали традиционалниот модел на парничната постапка има капацитет да одговори на потребата да се обезбеди правна заштита во толку многу постапки истовремено, или постои потреба тој механизам да претрпи одредени приспособувања за да се приспособи кон ситуациите на т.н. масивизација на решавањето определени спорови. Во овој труд се дава осврт на различните видови права кои се заштитуваат во граѓанската парнична постапка, со диференцирање на поимот на хомогените индивидуални права како посебен поттип на класичниот поим на субјективното право, како и на потребата нормативно да се уреди процесен механизам во кој ќе се обезбедува колективна заштита на правата и негово диференцирање од постапките за заштита на колективни и дифузни права, како постапки кои како примарна цел имаат за предмет заштита на различни видови права.

Клучни зборови: парнична постапка, колективни и дифузни права, хомогени индивидуални права, постапки за колективна заштита на правата.

1. Воведни напомени

Неспорно е дека во својата основа граѓанската постапка постои за да ги засили и да ги ефектуира правата кои на субјектите веќе им се признаваат со материјалното право, па поради наведеното, и самата постапка мора да биде конструирана имајќи го предвид тој материјално-правен контекст.¹ Од друга страна, неспорно е дека материјалните права, вклучувајќи ги и уставно

¹ Heather C. McLeod-Kilmurray, “Hollick and Environmental Class Actions: Putting the Substance into Class Action Procedure”, *Ottawa Law Review* 34, no. 2 (2002 – 2003), стр. 277.

загарантираните права, не вредат повеќе од процесниот механизам кој стои на располагање за нивното остварување и заштита.²

Во современи услови тој материјално-правен контекст сè повеќе се менува – веќе одамна материјалното право не се заснова единствено на концептот на субјективното право, врз чија основа е изграден и моделот на традиционалната граѓанска парнична постапка. Сепак, сите наведени промени на полето на материјалните права не се секогаш проследени со соодветна модификација на системот во кој треба да биде обезбедена заштита на тие права, со цел да се приспособи на специфичностите на правата чија заштита треба да ја обезбедува.³

Наведеното особено се однесува на ситуациите на „масификација“ на споровите. Современото живеење, кое се карактеризира со постојано унапредување на масовното производство, постоењето на интернационални корпорации, зголемувањето на можностите голем број субјекти да претрпат штетни последици поради користењето или набавувањето на некој производ или услуга, признавањето на потребата да се заштити чистата животна средина, сè почесто доведуваат до постоење на голем број спорови кои се засноваат на иста или слична фактичка и правна основа, кои во исто време се изнесени на решавање пред надлежните судови во еден национален систем на правораздавање. Во такви услови, сè почесто и споровите кои се изнесуваат на решавање пред судовите се карактеризираат со елементи на комплексност.

Ваквите видови спорови уште се нарекуваат и мегапарници – парнични постапки кои вклучуваат голем број засегнати субјекти, чие што решавање трае долго време, и продуцира огромен обем на списи во судскиот предмет.⁴ Наведената комплексност доведува до потребата да се приспособи и начинот на кој системот за заштита на граѓанските права и правнозаштитени интереси обезбедува заштита во наведените спорови. Впрочем, неспорно е дека правата кои им ги признава правниот систем на определен круг субјекти вредат само толку колку што е ефикасен системот за обезбедување на нивната заштита.⁵

² Steven Burbank, “The Bitter with the Sweet: Tradition, History and Limitations on Federal Judicial Power – A Case Study”, *Notre Dame Law Review*, 75 (2000), стр.1292-1293.

³ Од една страна, често се вели дека проблемот да се обезбеди соодветна заштита на сите овие „нови“ категории права не е само технички дефект на граѓанската парнична постапка, туку постои потреба да се преиспита во целост основната структура на механизмот за заштита на правата – така и Mauro Cappelletti, Bryant Garth, “Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure”, *Civil Justice Quarterly* 2 (1983), стр. 120. Но, сепак, од друга страна, се истакнува и дека неоправдано би било да се урниса и одново да се изгради системот на граѓанската парнична постапка со цел да се приспособи на „новите“ категории права – туку напротив, овие категории права треба да се приспособат на традиционалниот двостранечки индивидуален концепт на парничната постапка колку што е можно повеќе – во таа смисла, и Per Henrik Lindblom, “Individual Litigation and Mass Justice: a Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure”, *American Journal of Comparative Law*, 45 (1997), стр. 819. Го прифаќае вториот став, од причина што би било речиси невозможно процесниот механизам за колективна заштита на правата да функционира на соодветно ниво доколку тој не функционира во своевидна „симбиоза“ со традиционалниот модел на парничната постапка.

⁴ Изразот мегапарници (*mega-litigation*) го употребува и Ronald Sackville, “Mega-litigation: Towards a new approach”, *Civil Justice Quarterly*, 27, no. 2 (2008), стр. 244.

⁵ Така и Lilla Farkas, “Limited Enforcement Possibilities under European Anti-Discrimination Legislation-A Case Study of Procedural Novelties: Actio Popularis Action in Hungary”, *Erasmus Law*

2. Права кои се заштитуваат во граѓанската постапка

И покрај тоа што процесниот механизам не ги препознава секогаш, неспорно е дека постојат повеќе различни модалитети на правата кои се заштитуваат во граѓанската постапка. Покрај основното субјективно право, правниот поредок го признава и го нормира постоењето на повеќе јавни права, како и на колективни или дифузни права, а сè почесто се случува индивидуалните субјективни права на различните субјекти да потекнуваат од идентична фактичка или правна основа, што го опфаќа концептот на хомогени индивидуални права.

2.1. Традиционалниот концепт на субјективни права

Основниот концепт врз кој е заснован моделот на традиционалната граѓанска парнична постапка е концептот на субјективното право (*subjective right, droit subjectif, subjektives Recht, diritto soggettivo*), кое, земено во најопшта смисла, означува некое персонално право, право кое му припаѓа на определен субјект. Впрочем, и самото материјално право, и процесните одредби со кои се уредува механизмот на заштита на тие права, како своја почетна точка ги земаат индивидуалните потреби и интереси на субјектите во системот.

Ова особено има свој израз во земјите од континенталното право, каде што субјективното право е сфатено во смисла на правно признаено овластување секој субјект индивидуално да ја изразува и спроведува својата волја, и како таков целосно да го реализира својот потенцијал како индивидуа, односно да им даде целосен израз на неговите специфични способности и моќи.⁶ Во такви услови, реализацијата на определено субјективно право мора да биде исклучиво под контрола на самиот тој индивидуален субјект, и единствените ограничувања кои може да ги трпи тој субјект при реализацијата на неговото право може да бидат определени единствено со изречни законски прописи – и обратно, индивидуалниот субјект не може да биде принуден да го реализира своето право, или да го направи тоа во определен временски момент.

Ваквото сфаќање за правата чија заштита треба да се обезбеди во постапката нужно има свое влијание и врз физиономијата на механизмот во кој таа заштита треба да биде пружана. Имено, суштината на индивидуалното субјективно право се изразува преку можноста носителот на тоа право да може слободно да одлучи дали ќе поведе постапка за негова заштита, кога и каде ќе ја поведе таа постапка, што во некои европски земји е дури издигнато и на ниво на фундаментално уставно право.⁷ Впрочем, во текот на постапката во која треба да биде обезбедена заштитата на тоа право, појдовната точка е начелото

Review, 3 (2010), стр. 181.

⁶ Ваквото сфаќање за индивидуалните права во земјите од континенталното право, пред сè, влече свои корени од сфаќањето на Кант за слободната волја и концептите на пандектистичката школа за потребата од ограничување на судската власт – види поопширно кај Samuel P. Baumgartner, “Class Actions and Group Litigation in Switzerland,” *Northwestern Journal of International Law and Business*, 27 (2007), стр. 320–322.

⁷ Ваквото сфаќање за правата особено ја ограничува можноста да биде развиен механизам за нивна заштита со кој во било кој аспект би се отстапило од строго изразениот индивидуализам, кој, според општото сфаќање, е суштествена карактеристика на правата што треба да се заштитуваат

на слободната диспозиција (*dispositionsmaxime*) каде што поведувањето, текот и завршувањето на постапката е под целосна контрола и исклучиво влијание на носителот на тоа право.

Уште повеќе, традиционалниот концепт на субјективното право го поставува условот дека постапката може да се води единствено помеѓу субјекти кои имаат правно заштитен интерес за водење на постапката кој е детерминиран субјективно (сфатен во смисла на тоа дека постапката треба да биде одраз на однос што постои помеѓу определените субјекти), и објективно (сфатен во смисла на тоа дека односот на странките треба да се однесува на предметот на определен спор кој постои помеѓу нив, определен со конкретизирано тужбено барање),⁸ односно дека субјектот кој ја поведува постапката мора да биде овластен за водење на конкретната парница – или, наједноставно кажано, да поседува процесна легитимација (*legitimitatio ad processum*).

2.2. Јавни (државни) права и интереси

Современиот правен поредок, покрај индивидуалните права кои им ги признава на субјектите кои гравитираат во тој поредок уредува и една група права кои ги надминуваат границите на индивидуалните, субјективни права на секој од субјектите во тој систем. Ваквите јавни права и интереси можат по својот карактер да бидат суверени интереси (кои се однесуваат на законодавната моќ на државниот апарат, односно обезбедување на нормалното функционирање на правосудниот и економскиот систем во земјата) и квазисуверени интереси (кои, на генерално ниво, го опфаќаат интересот на државата да се обезбеди здравјето и благосостојбата – како физичка, така и економска – за своите граѓани во целина).⁹

Во случајот станува збор за права и интереси кои не им припаѓаат на кој било индивидуален субјект или група субјекти, туку на човештвото како целина.¹⁰ Меѓутоа, со оглед на тоа дека обезбедувањето здравје и благосостојба на граѓаните во една држава непосредно ги засега и нивните индивидуални права, на начин што едните се преклопуваат со другите, потребно е да се артикулираат интересите на државата како различни од индивидуалните субјективни права, и да се направи диференцијација на едните од другите права.

Во таква ситуација, на определени државни органи може да им биде призната легитимација да поведат посебен вид постапка – постапка *parens patriae*.¹¹ Сепак, остварувањето на интересите кои се „имперсонални“, во смисла дека ги

– така и S. I. Strong, “Cross-Border Collective Redress in the European Union: Constitutional Rights in the Face of the Brussels I Regulation,” *Arizona State Law Journal*, 44 (2013), стр. 247.

⁸ Така и Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo, sedmo izmjenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2004, стр. 314.

⁹ Така и Margaret H. Lemos, “Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General,” *Harvard Law Review*, 126 (2012), стр.494.

¹⁰ Примери за ваквите права најлесно можат да се најдат во полето на заштитата на животната средина и ги вклучуваат, на пример, климатските промени или исчезнувањето на загрозени животински видови – така и Gerhard Wagner, “Collective redress—Categories of Loss and Legislative Options,” *Law Quarterly Review* 127 (2011), стр.61.

¹¹ Поопширно за концептот на *parens patriae* постапките, и недостатоците на овој модел, види кај Lemos, *op.cit.*, стр. 487–549.

надминуваат границите на субјективното право и овластување на кој било од субјектите – носители на тоа право, предизвикува повеќе проблеми во нивното спроведување. Имено, од една страна, никој индивидуален субјект нема ниту правен интерес ниту легитимација да бара реализација и спроведување на наведените јавни права, а сепак, од друга страна, доверувањето на заштитата на овие права на државни органи и институции може да доведе до повеќе проблеми во спроведувањето на таа задача – државните органи може да се слабо кадровски екипирани, да имаат недостиг од финансиски ресурси да спроведат соодветен степен на заштита на овие права, истите, како органи на државната управа, може да се подложни на политички притисоци и влијанија, или едноставно, да оценат дека немаат интерес да поведат постапка за заштита на некој определен јавен интерес во конкретните околности.¹²

2.3. Колективни и дифузни права и интереси

Покрај традиционалните категории индивидуални субјективни права и јавни, односно државни интереси и права, постои уште една категорија права и интереси, чија заштита може да се појави како прашање во еден правен систем – категоријата колективни и дифузни права и интереси, кои немаат специфична поврзаност со кој било индивидуален субјект, односно кои претставуваат „супраиндивидуални интереси“. Имено, во современи услови станува неодржлива традиционалната дихотомија на индивидуални права и интереси кои ги засегаат само индивидуалните субјекти, од една страна, и јавните државни права и интереси, кои го засегаат општеството во целина, од друга страна. Напротив, помеѓу овие две категории права и правнозаштитени интереси, постои уште една група права и правнозаштитени интереси која не може да се подведе ниту под едната ниту под другата категорија – категоријата колективни и дифузни права и интереси.¹³

Определувањето на определено право како колективно означува дека тоа право се признава со цел да се спречи настанувањето на определени штетни последици по група на индивидуи, и истовремено најчесто овластувањето да се бара заштита на тоа право му се признава на некој застапник, а не на индивидуите кои ја сочинуваат групата, со цел подобро да се остварат целите поради кои тоа право и се признава воопшто.¹⁴ Впрочем, за колективни и дифузни права може да стане збор ако тоа право се одликува со две суштински карактеристики – трансиндивидуалност и неделивост на правото.¹⁵

Трансиндивидуалноста, како карактеристика на колективните и дифузните права и интереси, означува дека тоа право постои како ентитет кој се разликува од субјективните права на кој било индивидуален субјект или група субјекти – напротив, тоа ги надминува границите на субјективните права, но,

¹² Така и Mauro Cappelletti, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *Michigan Law Review* 73, no. 5 (1975), стр. 804–807.

¹³ Така и Mauro Cappelletti, "Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparative Contribution", *Buffalo Law Review*, 25 (1975), стр. 643.

¹⁴ Kai Purnhagen, "United We Stand, Divided We Fall? — Collective Redress In The EU", *European Review of Private Law* 21, no. 2 (2013), стр. 493–494.

¹⁵ Така и José Ovalle Favella, "Acciones Populares Y Acciones Para La Tutela de Los Intereses Colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 107 (2003), стр. 590.

во исто време, не претставува ниту едноставен збир на повеќе индивидуални субјективни права.¹⁶ Таквото право ѝ припаѓа на пошироката заедница како целина, а не на определен индивидуален субјект, на здруженија или други организирани облици, па дури ни на самата држава. Наведената трансиндивидуалност означува дека овие права и интереси се наоѓаат некаде помеѓу индивидуалните субјективни права и јавните (државни) интереси, односно на половина пат помеѓу јавното и приватното право.¹⁷ Во вакви околности, целосно е ирелевантно да се определи кои индивидуи ѝ припаѓаат на групата како носители на тоа право кое ѝ се припишува на групата – напротив, тоа право ѝ припаѓа на групата како заедница, како целина. Како такви, на пример, можат да се сметаат правото на чиста животна средина, безбедност на производите, забрана за заведувачко рекламирање, забрана за нечесно пазарно однесување.¹⁸

Од друга страна, неделивоста на правото означува дека таквото право ѝ се признава на една определена заедница како една неделива целина, односно дека тоа не може да биде поделено на толку индивидуални права колку што има индивидуални субјекти кои ја сочинуваат заедницата, ниту, пак, наведено-то право може да се распредели на идеални делови кои би припаѓале на секој од субјектите во заедницата. Согласно со наведеното, поимот неделивост означува дека реализацијата на интересот на еден припадник на групата би значел и реализација на интересите на сите субјекти кои ја сочинуваат таа група, и обратно – повредата на интересите на еден припадник на групата значи повреда на интересите на целата таа група, како заедница.¹⁹ Во такви услови, и заштитата која може да биде пружана на ваквото право мора да биде од еднаков карактер спрема сите членови на таа заедница – решението на проблемите низ кои овие типови права се манифестираат себеси мора да биде еднакво спрема сите субјекти кои ја сочинуваат таа заедница.²⁰

Сепак, и во рамките на самиот поим колективни и дифузни права и интереси постои диференцијација.²¹ Па така, ќе се смета дека станува збор за дифузни права и интереси кога постојат трансиндивидуални интереси кои се од неделива природа и кои ги поседува недефинирана група лица кои се поврзани со некои заеднички фактички околности, кои најчесто се од генерички и потенцијален карактер, кои се од случајна природа и се лесно променливи. Како такви околности, на пример, би се сметале околноста на живеење на истото подрачје, користење ист производ, или живеење во определени социоекономски услови, или гледање иста телевизиска програма.

¹⁶ Во таа смисла, и Antonio Gidi, "Class Actions in Brazil: A Model for Civil law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, 51 (2003), стр. 351.

¹⁷ Според Jolowicz, ваквите права се прелеани повеќе од индивидуалните субјективни права отколку од јавните (државни) права, но, сепак, оваа категорија интермедијарни права е создадена од двете традиционални категории права, а не исклучиво од која било од нив одделно – види поопширно кај J. A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 2000, стр. 100.

¹⁸ Така и Remo Caponi, "Collective Redress in Europe: Current Developments of 'Class Action' Suits in Italy," *Zeitschrift Für Zivilprozess International* 16 (2011), стр. 66.

¹⁹ Така и Favela, *op.cit.*, стр. 594.

²⁰ Така и Gidi, *op.cit.*, стр.352.

²¹ Види поопширно кај Ada Pellegrini Grinover, "A problematica dos interesses difusos", in: *A tutela dos interesses difusos*, Ada Pellegrini Grinover (ed.), Sao Paolo, (1984), стр. 30-31.

Од друга страна, како колективни ќе се сметаат правата кои се од трансиндивидуален и неделен карактер, каде што помеѓу субјектите кои се членови на заедницата постои некоја правна врска која постои од претходно. Колективните права и интереси означуваат такви права и интереси кои им припаѓаат на сите и на секого од членовите на определениот колективитет одделно и кои се остваруваат преку активно учество на овие субјекти во процесот на правораздавање, на начин што тие бараат негова заштита.²² За колективни права, на пример, ќе станува збор кога некоја банка или осигурително друштво им наплаќа некој неоснован или неоправдано висок надоместок на своите корисници. Во таквите случаи, помеѓу сите членови на заедницата и субјектот што го извршил (или сè уште го врши) штетното дејствие постои претходно постоечки договорен однос, кој на некој начин ја предетерминира групата лица – заедницата на субјекти чии колективни права и интереси се повредени или загрозени.²³

2.4. Хомогени индивидуални права

Повеќе фактори, вклучувајќи ги тековниот развој во современото општество и тенденцијата за масивизација на производството, доведуваат до ситуации индивидуалните субјективни права на десетици, стотици, па некогаш дури и илјадници луѓе да бидат повредени или загрозени од еден ист настан, или од околности кои имаат заедничка основа. Ситуациите може да бидат повеќезначни – започнувајќи од помала количина или поинаков квалитет или состав од она што потрошувачот мисли дека го добива со купувањето определен производ, скриените дефекти на некој производ, преку финансиските загуби при трговијата со хартии од вредност, па сè до големите сообраќајни или авионски несреќи, или ситуации на загадување со токсични материи на пошироко подрачје. Заедничко за сите наведени настани и ситуации е што врз нивна основа произлегуваат правата (најчесто за надоместување на претрпената штета) на голем број луѓе кои ги поврзува иста (или барем истовидна) фактичка и правна основа.

Во наведените случаи не станува збор на одделна категорија права и правно заштитени интереси (покрај претходно наведените категории индивидуални, јавни (државни) и колективни и дифузни права и интереси) – едноставно, станува збор за голем број индивидуални субјективни права, кои имаат

²² Така и Juan Carlos Henao, „Collective Rights and Collective Actions: Samples of European and Latin American Contributions“, in: M. Stuart Madden (ed.), *Exploring Tort Law*, New York: Cambridge University Press, 2005, стр. 432.

²³ На пример, како дифузно право би можело да се смета правото на жителите на определено подрачје да се зачува незагаденоста на река која се наоѓа на нивното подрачје – во ваков случај, жителите на тоа подрачје немаат никаков претходен правен однос со субјектот што го предизвикува загадувањето на реката, а дополнително, групата жители се неопределени, тргнувајќи од фактот дека определувањето на подрачјето засегнато од можното загадување на реката би можело да се протега во радиус од неколку стотици метри, па сè до радиус од стотици километри. Од друга страна, како колективно право би можело да биде квалификувано правото на студентите на некој универзитет да се регулира некое определено прашање поврзано со нивниот студентски статус – во овој случај, сите субјекти (студентите) веќе се во претходен правен однос со универзитетот од кој се бара остварување на колективното право или интерес, на начин што секој од студентите има склучено договор за студирање, и според наведеното, групата припадници на таа заедница се лесно определени.

заедничка основа и за кои, од причини на ефикасност и економичност, заштитата може да биде пружана заеднички, односно колективно, во рамките на една единствена постапка. Ваквите индивидуални права по својот карактер се (повеќе или помалку) еднородни по својот состав, потекло и својства, односно станува збор за индивидуално право кое се повторува повеќе десетици или стотици, па дури и илјадници пати кај различни носители на правата, поради што наведените права уште се нарекуваат и хомогени индивидуални права. Ваквите права им припаѓаат на мноштво одделни субјекти, поради што е тешко нивната заштита да се спроведува во рамките на традиционалните процесни институти за учество на повеќе субјекти во една парница.²⁴

Заедничката основа на овие хомогени индивидуални права треба да биде сфатена во најширока смисла, како права кои ги поврзува иста или истовидна фактичка или правна основа. Истовидноста на фактичката основа, по својата природа, не мора да биде целосна, туку е важно основните елементи на фактичката состојба да покажуваат единственост на фактичката основа од која тие права произлегуваат. Притоа, определувањето дека овие права треба да имаат заедничка основа не значи дека правата треба исклучиво да произлегуваат од еден единствен настан детерминиран во определен временски период, кој има за резултат истовремено причинување масовни штетни последици, како што е, на пример, авионска несреќа. Напротив, би требало да се земе дека станува збор за хомогени индивидуални права кои имаат заедничка основа и во ситуација кога тие права се дисперзирани низ времето и просторот, доколку фактите од кои произлегуваат тие права се толку тесно поврзани едни со други што би можело да се сметаат како единствени.²⁵

Тие треба да се разликуваат од колективните и дифузните права и од правнозаштитени интереси, кои по својата природа се карактеризираат со трансиндивидуалност и неделивост и кои по својата природа се „суштински колективни“ (*interesses esencialmente colectivos, essentially collective rights*). За разлика од нив, хомогените индивидуални права по својата природа се традиционални индивидуални права кои им припаѓаат на различни субјекти и за кои се обезбедува заштита во заедничка постапка, односно на колективен начин, поради постоењето на заедничката фактичка и правна основа, што значи дека ваквите права по својата природа не се колективни, но добиваат карактер на колективност поради постоењето на заедничките околности на кои се засноваат барањата, односно тие случајно добиваат колективен карактер (*interesses accidentalmente colectivos, accidentally collective rights*).²⁶

²⁴ Така и Leandro Giannini, “La Tutela Colectiva De Derechos Individuales Homogéneos En La Argentina”, *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2013), стр. 257.

²⁵ Таков е, на пример, случајот со загадување на животната средина преку испуштање токсични материи, кое не се случува како еден изолиран настан, туку дејствијата на недозволено испуштање токсични материи траат подолг период, можеби протегајќи се на период од десетици години. Слична е ситуацијата и со спроведувањето на заведувачко или недозволено споредувачко рекламирање, при што таквата реклама може да стигнала до индивидуалните субјекти со емитување преку различни медиуми, во различни временски интервали, па дури и на различни географски локации – види поопширно кај Gidi, *op.cit.*, стр. 358.

²⁶ Поопширно за поимите на суштински колективни права, и случајно колективни права, види кај José Carlos Barbosa Moreira, “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, *Temas de direito processual* (Terceira Série), São Paulo, Saraiva, 1984, стр. 196. Барбоса Мореира наведува

Со оглед на тоа дека кај хомогените индивидуални права не постои суштествен колективизам, како што е тоа случајот кај колективните и дифузните права, поврзаноста помеѓу различните индивидуални носители на правата и степенот на нивната интегрираност може да се протега на различни нивоа. Имено, кај наведените права, со оглед на нивните карактеристики, ниту може да се постигне целосен индивидуализам кај носителите на правата (сфатен во смисла на тоа дека секој индивидуален субјект ги заштитува исклучиво само своите лични интереси) ниту, пак, може да се зборува за постоење целосна кохезија помеѓу лицата – носители на хомогени индивидуални права (сфатена во смисла на постоење совршен консензус помеѓу носителите на правата, и апсолутна согласност дека преземените дејствија за сите субјекти подеднакво ќе доведат до задоволителни резултати за секого од нив).

Хомогеноста на овие права, секако, ќе зависи и од вредноста на индивидуалното парнично побарување (или барем побарување кое може да се изрази во пари) кое произлегува од правото на секој индивидуален субјект. Имено, кога станува збор за побарување од поголема вредност, правопрпорционално со зголемувањето на вредноста на истакнатото побарување се зголемува и заинтересираноста на субјектот носител на тоа право првенствено да ги реализира своите сопствени егоцентрични интереси, со што хомогеноста на нивните интереси би требало да се очекува дека ќе опаѓа. Меѓутоа, кога станува збор за побарувања чиј износ е толку минимален што трошоците за остварување на правото на правна заштита неколкукратно можат да го надминат износот на бараната заштита,²⁷ реално е да се очекува што поголема кохезија на тој колектив.

3. Потребата од постоење постапки за колективна заштита на правата

Во случаите кога треба да биде пружана заштита во спорови каде што предмет на заштита се хомогени индивидуални права, и може да постојат толку одделни парнични постапки колку што постојат индивидуални носители на тие хомогени права, кои на некој начин биле повредени, оспорени или загрозувани од еден или повеќе субјекти, се поставува прашањето дали традиционалниот модел на граѓанската парнична постапка може соодветно да одговори на тој

дека кога станува збор за суштински колективни права, единствено идентичен резултат може да биде постигнат во однос на сите засегнати субјекти, поради што таа постапка е предмет на однесување кое се карактеризира со унитаризам, додека кај случајно колективните права постои можноста различни резултати во постапката за заштита да бидат определени спрема различни субјекти, поради што унитаристичкото однесување не се наметнува како суштинска нужност. Ibid, стр. 196-197.

²⁷ Определувањето што ќе претставува побарување од незначителна вредност не може да се постави генерално, но би требало да се земе дека за такво побарување ќе станува збор во сите случаи каде фиксните трошоци на постапката го надминуваат износот на истакнатото главно барање (т.н. *negative value suits*) – ако на пример, некое лице има барање за надомест на штета од 1.000 денари, мала е веројатноста дека лицето ќе се одлучи да поведе постапка за намирување на неговото побарување, земајќи го предвид фактот дека трошоците на постапката неколкукратно ќе ја надминат користа која тоа лице би можело да ја добие во случај на позитивен исход на парничната постапка – во таа смисла, и Brian Anderson, Andrew Trask, *The Class Action Playbook*, Oxford University Press, New York, 2010, стр. 13.

предизвик. Впрочем, јасно е дека системот за заштита на граѓанските права и правнозаштитени интереси во својата основа не е поставен за да се справува со толкав обем на постапки, и наведеното претставува преголемо оптоварување на системот на правораздавање, поголемо од тоа со што може овој систем да се справи.

Проблемите кои може да се појават при обезбедувањето соодветно ниво на заштита на хомогените индивидуални права може да бидат повеќезначни.

Од една страна, доколку од правото што се заштитува произлегува побарување од незначителна или мала вредност, се намалува и веројатноста дека сите засегнати субјекти навистина и ќе поведат постапка во која ќе бараат заштита на тоа нивно право, а тоа, од своја страна, може да има значителни импликации на функционирањето на правниот систем во целина. Во таквите ситуации, процесниот механизам за колективна заштита на правата треба да овозможи оснажување на тужбените барања, кои, поради незначителната вредност на истакнатото побарување, би биле практично непостоечки доколку не се истакнати во поголем број, на начин што ќе овозможи во поголем број од постапките поведени по таквите тужбени барања да биде обезбедена соодветна правна заштита.²⁸ На тој начин, преку здружувањето на силите на голем број субјекти кои се наоѓаат во истата положба ќе се овозможи тие субјекти да добијат ефективна заштита за правозаштитни барања за кои инаку би било нерационално да се поведува индивидуална постапка во која ќе се бара нивна заштита, но истовремено, и ќе се овозможи поефективно искористување на ресурсите кои му стојат на располагање на системот за правораздавање.²⁹

Од друга страна сепак, поведувањето на голем број на исти или исто-видни постапки пред еден или повеќе судови во еден национален систем на правораздавање може да значи преголемо консумирање на и онака ограничени-те ресурси кои му се ставени на располагање на системот на правораздавање, што ќе предизвика негова неможност соодветно и во разумен рок да ја пружа бараната заштита, и тоа не само во овие спорови, туку во сите други спорови кои ќе бидат изнесени на решавање во тој систем.

Поради наведеното, процесниот механизам за колективна заштита на правата треба да постигне соодветен баланс помеѓу потребата да се постигне правда (и тоа не само корективна правда, туку и ретрибутивна правда), од една страна, и потребата да се изнајдат решенија што ќе бидат рационални и ефективни, од друга страна.³⁰

²⁸ Така и Bernard Murphy, Camille Cameron, "Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia", *Melbourne University Law Review*, 30 (2006), стр. 403.

²⁹ Во таа смисла, и Andrew Higgins, Adrian Zuckerman, "Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress", *University of Oxford Legal Research Paper Series* 99/2013 (2013), стр. 2.

³⁰ Во таа смисла, и Willem. H. van Boom, Jenny Steele, "Mass Justice and its Challenges", in: *Mass Justice - Challenges of Representation and Distribution*, Willem. H. van Boom, Jenny Steele (eds.), Edward Elgar Publishing, 2011, стр. 17.

4. Разлики помеѓу постапките за колективна заштита на правата и постапките за заштита на колективни и дифузни права

Иако навидум се добива впечаток дека станува збор само за игра на зборови која упатува на истиот поим, постапките за колективна заштита на правата и постапките за заштита на колективни и дифузни права претставуваат два различни поима. Иако процесните модалитети низ кои се изразуваат секој од овие два механизма за заштита на правата во различните земји имаат различни појавни облици, во основа станува збор за постапки кои како примарна цел имаат за предмет заштита на различни видови права.

Во случајов, не станува збор единствено за термилошка дистинкција помеѓу поимите постапки за колективна заштита на правата и постапки за заштита на колективни и дифузни права, туку, во суштина, станува збор за два различни вида постапки, кои за свој предмет на заштита имаат различни права и правнозаштитени интереси, како и цели кои тој механизам треба да ги реализира во еден правен систем.

Во основа, и повеќе од јасно е дека со единствен процесен механизам не би било можно соодветно да се одговори на различните околности и на различните потреби на системот во кој функционира тој процесен механизам.³¹ Поради наведеното, потребно е да се направи дистинкција помеѓу постапките за заштита на колективни и дифузни права (кај кои колективизмот се огледа во предметот што се штити во таа постапка, односно предмет на заштитување се категоријата колективни и дифузни права) и постапките за колективна заштита на права (кај кои колективизмот се однесува на начинот на кој ќе биде обезбедена заштита на права кои по својата природа се класични индивидуални права, и кај кои се јавуваат елементи на идентитет кај поголема група субјекти — групна постапка во вистинска смисла на зборот, односно предмет на заштитување се т.н. хомогени индивидуални права). Впрочем, станува збор за две различни категории постапки, за кои може дури да биде потребно да бидат пропишани различни правила на постапување, за секоја од двете категории на права што се заштитуваат.

Од една страна, во постапката може да се заштитуваат права и интереси кои се разликуваат од едноставната кумулација на интересите на различните индивидуални субјекти чиешто права биле повредени, оспорени или загрозувани со некое штетно дејствие. Ваквите „супраиндивидуални“ права и интереси се поим различен од индивидуалните интереси на секој од субјектите што ја сочинуваат групата, но истовремено и различен од јавните интереси на државата.

Од друга страна, за постапките за колективна заштита на правата може да стане збор како за групни постапки, во вистинска смисла на зборот. Имено, предмет на заштитување во овие постапки, во суштина, не е некоја посебна категорија права и интереси, туку индивидуални субјективни права чија заштита, секое одделно, може да биде предмет на толку различни парнични постапки колку што постојат различни индивидуални носители на тие права и интереси, односно различни „процесни двојки“. Имено, во случајот станува збор за куму-

³¹ Во таа смисла, и Edward H. Cooper, “Class Action Advice in the Form of Questions”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 (2001), стр. 227.

лација на правата и интересите на голем број различни индивидуални субјекти, кои се поврзани со заедничка фактичка и правна основа, односно претставуваат хомогени индивидуални права. Поради тоа, во наведениот случај, не постои никаква пречка секој од индивидуалните субјекти – носители на правото чија заштита се бара да поведе одделна постапка, во која предмет на одлучување ќе биде единствено заштитата на индивидуалното право на тој субјект. Меѓутоа, причините на процесна економија и потребата од зголемување на ефикасноста на системот за заштита на граѓанските права и правнозаштитени интереси упатуваат на потребата за овие права заштитата да биде пружана на колективен начин.

Разликувањето помеѓу овие два вида постапки има долга традиција во земјите од *civil law* правните системи и самото нормативно уредување на постапките кои постојат во овие земји се одраз на потребата да се направи дистинкција помеѓу постапките за колективна заштита на индивидуални права и постапките за заштита на колективни и дифузни права. Од една страна, се уредуваат постапки во кои од страна на определен субјект (во името на повеќе засегнати субјекти, најчесто по претходно овластување определено во самите законски норми, или по претходна изречна согласност на секој од засегнатите субјекти) се поведува постапка во која се истакнува барање за заштита на права за кои секој од субјектите можел да поведе и индивидуална парнична постапка (како што е примерот на *class actions* во САД, или *actions en représentation conjointe* во француското право), додека, од друга страна, се уредуваат постапки кои се наменети да овозможат заштита на права што ги надминуваат границите на индивидуалните права и интереси на секој од засегнатите субјекти (како што е примерот на *action d'intérêt collectif* во француското право).³² И пристапот на Европската Унија уште од почетоците се води од основната идеја дека заштитата на колективните интереси не треба да се меша и да се смета за истоветна со колективната заштита на индивидуалните интереси,³³ и тој пристап има свое влијание врз обликувањето на механизмите на ова подрачје до денес.

Притоа, треба да се има предвид уште нешто – можноста да се направи разграничување помеѓу поимот на постапки за заштита на колективни и дифузни права и интереси, од една страна, и поимот на постапки за колективна заштита на правата, од друга страна, ја отежнува околноста што многу често се случува во еден спор да бидат застапени (барем во одредена мера) секој од трите вида интереси и права, и индивидуалните субјективни интереси, и јавните интереси на државата, и дифузните „супраиндивидуални интереси“ на заедницата – во таквите ситуации, може да се зборува за „повеќеслојни“ интереси (*multilayer interests*), поим кој во себе ги инкорпорира наведените три вида права и правнозаштитени интереси.

³² Така и Catherine Kessedjian, „L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2 (1997), стр.282-283.

³³ „The legal defence of collective interests is not to be confounded with the collective defence of individual interests...” - Commission of The European Communities, Green Paper “Access of Consumers To Justice and The Settlement of Consumer Disputes in The Single Market” COM(93) 576 final, Brussels, 16 November 1993, стр.15 - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0576&from=EN> (пристапено на 28.12.2021 година)

5. Заклучок

Во случајот на постапките за колективна заштита на правата станува збор за процесен механизам во кој треба да биде обезбедена заштита на индивидуални права кои по својот карактер се (повеќе или помалку) еднородни по својот состав, потекло и својства, односно станува збор за индивидуално право кое се повторува повеќе десетици или стотици, па дури и илјадници пати кај различни носители на правата. Ваквите права им припаѓаат на мноштво на одделни субјекти, поради што е тешко нивната заштита да се спроведува во рамките на традиционалните процесни институти за учество на повеќе субјекти во една парница или заштитата да биде спроведена во толку индивидуални парнични постапки колку што има засегнати субјекти. Од овие причини, обезбедувањето на заштитата на хомогените индивидуални права треба да биде остварувано во посебен процесен механизам, каде што процесните институти ќе бидат приспособени кон специфичностите на правата кои се предмет на заштита.

Всушност, трендовите на масификација и глобализација кои го одбележуваат секојдневното живеење наоѓаат свој одраз и на полето на системот за заштита на правата, и предизвикуваат комплексност која може да се одразува преку повеќе различни карактеристики на тој спор – бројот на субјекти кои се учесници во спорниот однос, бројот на спорни прашања кои произлегуваат од нивниот материјално-правен однос, фактите на случајот, применливото право, територијалната и временска дисперзираност на настанатите повреди и правозащитните барања на сите засегнати субјекти, можноста за постоење јурисдикција на два или повеќе национални судски системи. Наведеното укажува на потребата, во овие случаи, од причини на ефикасност и економичност, заштитата да биде пружана заеднички, односно колективно, во рамките на една единствена постапка, во која ќе бидат приспособени институтите на традиционалната граѓанска постапка.

Притоа, процесниот механизам за колективна заштита на правата треба да се разликува од механизмите за заштита на колективни и дифузни права – и по предметот на заштита и по содржината на заштитата која се бара.

COLLECTIVE REDRESS PROCEDURES AND THE TYPES OF RIGHTS GRANTED PROTECTION IN THESE PROCEDURES

(Summary)

The trends of collectivization and “massification” that mark everyday modern life, also have their impact on the system for protection of civil rights and legally protected interests. In fact, the litigation procedure is a mechanism that should provide protection of rights whose scope and content are determined by substantive law, regardless of the rules prescribed by the legislator to ensure their protection in any situation in which they are in some way violated, challenged or endangered. However, in a situation where there are a large number of persons who want to exercise protection of rights that have the same (or similar) factual and legal basis, the question arises whether the traditional model of litigation procedure has the capacity to respond to the need to provide legal protection in so many litigations at once, or there is a need for that mechanism to undergo certain adjustments to adapt to the situations of the so-called “massification” of the dispute settlement mechanisms. This paper reviews the different types of rights that are protected in litigation procedure, by differentiating the notion of homogeneous individual rights as a separate subtype of the classical subjective rights, as well as the need to normatively regulate a procedural mechanism that will provide collective redress, and its differentiation from the procedures for protection of collective and diffuse rights, as procedures which have as primary goal the protection of different types of rights.

Keywords: litigation, collective and diffuse rights, homogeneous individual rights, collective redress mechanisms

ЛИТЕРАТУРА

1. Anderson, Brian, Andrew Trask, *The Class Action Playbook*, Oxford University Press, New York, 2010;
2. Barbosa Moreira, José Carlos, “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, *Temas de direito processual* (Terceira Série), São Paulo, Saraiva, 1984;
3. Baumgartner, Samuel P., “Class Actions and Group Litigation in Switzerland,” *Northwestern Journal of International Law and Business*, 27 (2007);
4. Burbank, Steven, “The Bitter with the Sweet: Tradition, History and Limitations on Federal Judicial Power – A Case Study”, *Notre Dame Law Review*, 75 (2000);
5. Caponi, Remo, “Collective Redress in Europe: Current Developments of ‘Class Action’ Suits in Italy,” *Zeitschrift Für Zivilprozess International* 16 (2011);
6. Cappelletti, Mauro “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study”, *Michigan Law Review*.73, no. 5 (1975);
7. Cappelletti, Mauro, “Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist Contribution”, *Buffalo Law Review*, 25 (1975);

8. Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant, "Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure", *Civil Justice Quarterly* 2 (1983);
9. Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant, "Access to justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report". In: *Access to Justice: A World Survey - Vol.1 of the Florence Access-to-justice Project Series*. Mauro Cappelletti, Bryant Garth, (eds.). Aphen aan den Rijn/Milan, Sijthoff and Noordhoof/Giuffre, 1978;
10. Commission of The European Communities, Green Paper "Access of Consumers To Justice and The Settlement of Consumer Disputes in The Single Market" COM(93) 576 final, Brussels, 16 November 1993;
11. Cooper, Edward H., "Class Action Advice in the Form of Questions", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 (2001);
12. Farkas, Lilla, "Limited Enforcement Possibilities under European Anti-Discrimination Legislation-A Case Study of Procedural Novelties: Actio Popularis Action in Hungary", *Erasmus Law Review*, 3 (2010);
13. Favela, José Ovalle, "Acciones Populares Y Acciones Para La Tutela de Los Intereses Colectivos", *Boletin Mexicano de Derecho Comparado* 107 (2003);
14. Giannini, Leandro, "La Tutela Colectiva De Derechos Individuales Homogéneos En La Argentina", *Revista de Derecho Procesal*, 1 (2013);
15. Gidi, Antonio, "Class Actions in Brazil: A Model for Civil law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, 51 (2003).
16. Henao, Juan Carlos, „Collective Rights and Collective Actions: Samples of European and Latin American Contributions“, in: M. Stuart Madden (ed.), *Exploring Tort Law*, New York: Cambridge University Press, 2005;
17. Higgins, Andrew, Zuckerman, Adrian, "Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress", *University of Oxford Legal Research Paper Series* 99/2013 (2013);
18. Jolowicz, J.A, *On Civil Procedure*, Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 2000;
19. Kessedjian, Catherine, „L’action en justice des associations de consommateurs et d’autres organisations représentatives d’intérêts collectifs en Europe“, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2 (1997);
20. Lemos, Margaret H., "Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General," *Harvard Law Review*, 126 (2012);
21. Lindblom, Per Henrik, "Individual Litigation and Mass Justice: a Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure", *American Journal of Comparative Law*, 45 (1997);
22. McLeod-Kilmurray, Heather C., "Hollick and Environmental Class Actions: Putting the Substance into Class Action Procedure", *Ottawa Law Review* 34, no. 2 (2002-2003);
23. Murphy, Bernard, Cameron, Camille, "Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia", *Melbourne University Law Review*, 30 (2006);
24. Pellegrini Grinover, Ada, "A problematica dos interesses difusos", in: *A tutela dos interesses difusos*, Ada Pellegrini Grinover (ed.), Sao Paulo, (1984);

25. Purnhagen, Kai, "United We Stand, Divided We Fall? — Collective Redress In The EU", *European Review of Private Law* 21, no. 2 (2013);
26. Sackville, Ronald, "Mega-litigation: Towards a new approach", *Civil Justice Quarterly*, 27, no.2 (2008);
27. Strong, S. I., "Cross-Border Collective Redress in the European Union: Constitutional Rights in the Face of the Brussels I Regulation," *Arizona State Law Journal*, 44 (2013);
28. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, sedmo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004;
29. van Boom, Willem. H., Steele, Jenny, "Mass Justice and its Challenges", in: *Mass Justice - Challenges of Representation and Distribution*, Willem. H. van Boom, Jenny Steele (eds.), Edward Elgar Publishing, 2011;
30. Wagner, Gerhard, "Collective redress—Categories of Loss and Legislative Options," *Law Quarterly Review* 127 (2011);

М-р Tea Мицевска, асистент на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

МЕДИЈАЦИЈАТА КАКО АЛТЕРНАТИВЕН НАЧИН ЗА РЕШАВАЊЕ НА СПОРОВИТЕ СО КОМПАРАТИВЕН ОСВРТ НА РЕПУБЛИКА ИТАЛИЈА

347.965.42:340.13(497.7)

347.965.42:340.13(450)

стручна статија

Предмет на анализа на овој труд е медијацијата која се вбројува во редот на алтернативни начини за решавање на споровите, правејќи паралела помеѓу македонскиот и италијанскиот правен систем во однос на ова прашање. Главните карактеристики на медијацијата се воедно и нејзини предности во поглед на судската постапка. Имено, доброволноста, неформалноста, доверливоста, нејавноста и економичноста кои лежат во срцевината на медијацијата овозможуваат страните да заштедат време и средства, притоа имајќи можност за активно учество во целокупниот процес. Медијацијата во Република Северна Македонија прв пат е регулирана со Законот за медијација од 2006 година, а најновиот закон со кој се цели кон хармонизација на македонското законодавство со Директивата на Европската Унија 2008/52/ЕС е Законот за медијација кој стапи во сила во 2022 година. Целта на овој труд е да се обработи заедничката точка на италијанскиот и македонскиот Закон за медијација – задолжителниот обид за медијација. Преку хронолошко разгледување на промените, истакнување на главните карактеристики на законските решенија и нивните импликации во практиката, се прави обид да се потенцираат предностите на задолжителниот обид и можностите за подобрување на веќе постоечките закони.

Клучни зборови: медијација, задолжителен обид за медијација, Закон за медијација, италијанска правна рамка

1. Вовед

Алтернативното решавање на споровите (Alternative Dispute Resolution, “ADR”) е заеднички термин за означување на сите вонсудски методи за решавање на споровите¹. Притоа, постојат повеќе видови алтернативни методи, како што се: миреење, медијација – посредување, рана неутрална

¹ Татјана Зороска-Камиловска, *Арбитражно право* (Скопје, 2015), [во натамошен текст „Татјана Зороска-Камиловска”] 2; Татјана Штерјова, „Препораки за унапредување на правната рамка за вонсудско решавање на спорови во Република Северна Македонија: Документ за јавни политики“ (Македонско здружение на млади правници, Скопје, 2020), [во натамошен текст „Татјана Штерјова“] 4;

процена, процена на случајот или задолжителна арбитража, конференции на порамнување пред судија, недела на порамнување и mini trial².

Недостатоците на судскиот систем и неможноста тој да ја следи хиперпотребата од судска заштита доведуваат до воведување алтернативни механизми за побрзо и поефикасно решавање на споровите³. Поголемиот дел од луѓето се соочуваат со проблем на пристап до правдата, главно поради тоа што судовите се преоптоварени со предмети, постапките се сложени, траат многу долго и судските трошоци се исклучително високи⁴. Затоа користењето на ADR, во чија срцевина лежи волјата на страните, може да им заштеди време и средства, а притоа тие имаат можност да учествуваат во процесот, имаат контрола врз неговото одвивање и градат меѓусебна доверба⁵.

Од голема важност е да се истакне дека ваквата „дејудицијализација“ нема цел потполно да го замени судството, туку таа едноставно укажува на алтернативите на судската постапка, нивните предности и слабости, и како тие можат да бидат најефективно искористени⁶. Затоа, може да се каже дека трите основни цели на ADR се:

1. судскиот систем да биде поефективен, финансиски подостапен и поефикасен;
2. да се понудат алтернативни методи на правна заштита кои ќе коегзистираат со државниот судски систем;
3. да се обезбеди поголема едукација и прифатеност на достапните алтернативи за решавање на споровите⁷.

Особено внимание ќе се обрне на медијацијата, како еден од најзастапените начини на алтернативно решавање на споровите во Република Северна Македонија⁸.

2. Поим за медијација

Медијацијата е форма на алтернативно решавање на спорови насочено да помогне на две (или повеќе) страни да постигнат договор со помош на медијатор кој употребува техники да го подобри дијалогот меѓу страните со цел да се постигне договор⁹. Етимолошки гледано, медијацијата потекнува од латинскиот збор *mediare*, кој означува „да се биде во средина, помеѓу“¹⁰.

² Татјана Зороска-Камиловска, 3;

Видете, исто така: Joanne Goss, *An introduction to Alternative Dispute Resolution* (Vol. XXXIV, No. 1 1995, Alberta Law Review 34, 1995), [во натамошен текст “Joanne Goss”].

³ Татјана Зороска-Камиловска, 1.

⁴ Гоце Коцевски, Светлана Црвенковска, „Применливоста на механизмите за алтернативно решавање на спорови во обезбедувањето пристап до правда за ранливи категории во Република Македонија“ (Македонско здружение на млади правници, Скопје, 2018), [во натамошен текст „Коцевски, Црвенковска”], 6.

⁵ Коцевски, Црвенковска, 6;

⁶ Joanne Goss, 3.

⁷ Ernest G. Tannis, *Alternative Dispute Resolution that Works* (Captus Press, 1989), 7;

⁸ Коцевски, Црвенковска, 7.

⁹ Весна Стефановска, „Медијаторот во постапката за медијација меѓу жртва и сторител“ од *Хоризонти: Меѓународно научно сѝисание, Серија А, Ойшѝесѝвени и хуманисѝички науки* (број 10, Универзитет „Св. Климент Охридски“, 2013), 139;

¹⁰ Томе Груевски, „Медиологијата на Режиc Дебре“ од *Годишник на Правниот факултетѝ „Јусѝинијан Први“ во Скопје, во честѝ на ѝроф. 9-р Славко Милосавлевски* (Универзитет „Св.

Како еден од видовите алтернативно решавање на спорови, медијацијата ја надополнува судската постапка и наоѓа широка примена во правниот промет¹¹. Во однос на судската постапка, таа е доброволна, неформална, доверлива, нејавна, брза и економична постапка¹². Притоа, токму преку спогодбеното решавање на спорите се овозможува т.н. win – win ситуација во која и двете страни се чувствуваат како победници кои постигнале разумно решение на еден спор¹³.

Довербата е клучна за медијацијата, па затоа е важно лицето кое ќе биде определено за медијатор правилно да ги насочува страните во спорот кон постигнување заемна спогодба¹⁴. Медијацијата е составен дел од правниот систем на Република Северна Македонија и се одликува со посебни карактеристики кои ќе бидат поединечно образложени.

3. Правна рамка во Република Северна Македонија

Медијацијата во Република Северна Македонија прв пат е регулирана со Законот за медијација од 2006 година¹⁵, кој бил изготвен согласно со Стратегијата за реформа на правосудниот систем 2004 – 2007.¹⁶ Како алтернативен начин на решавање на спорите, таа е воведена во услови на постоење на повеќе од 1.700.000 заостанати нерешени предмети во судскиот систем, кои неретко траеле со децении и предизвикувале трошоци кои неколкукратно го надминувале износот на главното побарување¹⁷. Во меѓувреме, во 2021 година е донесен нов Закон за медијација¹⁸ кој стапи во сила на 4 јануари 2022 година со кој Република Македонија се доближува чекор поблиску до усогласување на законодавството со Директивата на Европската Унија 2008/52/ЕС. Така, во моментот, медијацијата е уредена со Законот за медијација, Законот за парнична постапка¹⁹, а одредби за медијација содржи и Законот за правда на децата²⁰.

Кирил и Методиј“, 2016), 123.

¹¹ Кирил Чавдар, Кимо Чавдар, *Закон за парнична постапка со комедијари, судска практика, примери од практична примена и предметен регистар* (Скопје, 2016); Милорад Петрески, „Медијацијата во Република Македонија“ (2016 година) [во натамошен текст „Петрески“], 1.

¹² Сојуз на стопански комори на Македонија, „Медијација“ [во натамошен текст „Медијација“]; Роза Алексова, „Медијација – Алтернативен начин за решавање спорови“ – Билтени, [во натамошен текст „Билтени“].

¹³ Академија за судии и јавни обвинители „Павел Шатов“, „Алтернативно решавање спорови, придобивки од алтернативното решавање спорови, можноста за користење на медијацијата во спорните односи“ (Скопје, 2020); Франс ван Арен, „Mediation in the Netherlands“ од *Алманах за медијација* (International Finance Corporation), 55.

¹⁴ Арсен Јаневски, „Алтернативно решавање спорови: За медијацијата е клучна довербата“ (Изјава на дискусија „Подобрување на законската рамка за алтернативно решавање спорови и овозможување правна и институционална соработка со судскиот систем и со системот на извршување“, Скопје, 2.12.2016).

¹⁵ Закон за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр.138/2009).

¹⁶ Татјана Штерјова, 7.

¹⁷ Ibid, 7.

¹⁸ Закон за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 294/2021 од 27.12.2021) [во натамошен текст „ЗМ“].

¹⁹ Закон за парнична постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015) [во натамошен текст „ЗПП“].

²⁰ Закон за правда на децата („Службен весник на Република Македонија“ бр. 148/2013 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 152/2019), [во натамошен текст „ЗПД“].

Дотолку повеќе, Република Северна Македонија цели кон уедначување на домашните правни извори со меѓународните²¹.

4. Поим и видови медијација согласно со Законот за медијација

Согласно со Законот за медијација од 2021 година, под поимот „медијација“ се подразбира посредување и начин на решавање на спорите наведени во член 1 од ЗМ, настанати меѓу две или повеќе страни во спорот, при што им се овозможува да го решат по пат на миреење, со посредство на трета неутрална страна медијатор или медијатори, со можност да постигнат заемно прифатлива писмена спогодба²².

Како новина во Законот се јавува член 4 кој изречно ги определува видовите медијација и определува дека согласно со начинот на поведување, медијацијата може да биде „доброволна, договорна и законски определена“²³.

4.1. Доброволна медијација

Согласно со Законот за медијација, доброволна медијација е „медијацијата во која страните своеволно се впуштаат во обид за решавање спорен однос, пред или по започнувањето на судската постапка“²⁴. Оттука, може да се забележи дека медијацијата може да се поведе доброволно во две ситуации:

- пред започнувањето на судската постапка; и
- по започнувањето на судската постапка.

Во првиот случај, како што образложува Законот, доброволната медијација ќе се смета дека е започната „со деној на потпишување писмена изјава за согласност за учество на страните во медијација“²⁵. Имено, двете страни потпишуваат писмени изјави за согласност за учество во медијација кои се доставуваат до медијаторот кој ќе го избераат да посредува при решавање на нивниот спор²⁶.

Во вториот случај, доколку веќе е поведена судска постапка, медијацијата започнува „на деној кога судот или друг надлежен орган, по изјавена согласност на страните, донесува решение за прекин на постапката заради упуштување на страните во постапка за медијација“²⁷. Притоа, согласно со ЗПП, постапката се прекинува *ex lege* заради решавање на спорот со медијација²⁸, а таквиот прекин може да трае вкупно 45 дена²⁹. Доколку во период од 45 дена страните успеат да постигнат спогодба, неа ќе ја поднесат до судот пред којшто се водела постапката и тој ќе ја внесе во записник во вид на судско порамну-

²¹ Директивата на Европската Унија 2008/52/ЕС за медијација во граѓанските и стопанските спорови CELEX бр.32008L0052 [во натамошен текст „2008/52/ЕС“].

²² ЗМ, член 3.

²³ ЗМ, член 4 (1).

²⁴ ЗМ, член 4 (2).

²⁵ ЗМ, член 18 (1); Билтени 1.2.1.

²⁶ Билтени 1.2.1; Медијација.

²⁷ ЗМ, член 18 (3).

²⁸ Арсен Јаневски, Татјана Зороска-Камиловска, *Граѓанско процесно право – парнично право* (Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2012), 299 2.2.1; ЗПП, чл. 200 (6).

²⁹ ЗПП, член 203 (3); Билтени 1.2.1.

вање со цел да стекне својство на извршна исправа³⁰.

Од друга страна, прекинатата постапка може да продолжи и без да се постигне спогодба меѓу страните доколку една од страните поднесе барање до судот или доколку истече рокот од 45 дена од денот на прекилот³¹.

4.2. Договорна медијација

Законот за медијација определува дека договорната медијација постои кога страните во нивниот договор предвиделе одредба со која се определува дека „доколку *настџане сџор, неџоке џо решат џо џаџи на медијација, џред заџочнување на судска или друџа џосџаџка*“³². Важно е да се истакне дека за разлика од доброволната медијација, договорната медијација може да се поведе единствено пред започнување на судска или друга постапка.

Оттука, доколку некоја од страните поднесе тужба до надлежниот суд, а претходно воопшто не се обиделе да го решат спорот со медијација, односно доколку поднесе тужба без приложен доказ од медијатор за сторен обид за решавање на спорот, судот ќе ја отфрли тужбата поради судска ненадлежност³³. Се смета дека кога медијацијата се јавува во ваков вид, таа е задолжителна за страните пред да поднесат тужба пред надлежен суд.³⁴

Во случај кога страните пристапиле кон медијација и притоа постигнале заемно прифатливо решение – спогодба, таа може да се солемнизира кај нотар за да има правна важност како и судска одлука, односно да стекне *titulus executionis*³⁵.

4.3. Законски определена медијација

Третиот вид предвиден во Законот за медијација е законски определена медијација, односно станува збора за „*задолжителниот обид за медијација кој џроизлеџува од закон џред или џо заџочнување на судска џосџаџка*“³⁶. Задолжителноста на медијацијата се оправдува со намалување на товарот на работа на судовите и претставува исклучок од начелото на доброволност³⁷.

Поточно, согласно со член 461 од ЗПП, станува збор за стопанските спорови за чие решавање „*сџранкиџе се долџни, џред џоднесувањеџо на џужбаџа, да се обидат да џо решат сџорџи џо џаџи на медијација*“³⁸. Од особена важност е да се истакне дека законодавецот предвидува два услова коишто мора да бидат кумулативно исполнети, а тоа се:

³⁰ Билтени, 1.2.1.

³¹ ЗПП, член 203 (3).

³² ЗМ, член 4 (3), Билтени, 1.2.3.

Види, исто така: Јадранка Дабовиќ Анастасовска, Неда Здравева, „Поттикнување на медијацијата како механизам за решавање на потрошувачките спорови во правото и во практиката на Република Македонија“ од „Решете го спорот – да, со медијација“ (Институт за европска политика, Скопје, 2013), [Во натамошен текст: „Дабовиќ, Здравева“], 133.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Билтени, 1.2.3.

³⁶ ЗМ, член 4 (4).

³⁷ Дабовиќ, Здравева, 132; ЗМ, член 7 (3).

³⁸ ЗПП, член 461 (2).

1. да станува збор за стопански спорови за парично побарување чија вредност не надминува 1.000.000 денари; и
2. за нив постапката да се поведува со тужба пред суд³⁹.

Горенаведеното подразбира обврска за страната која има намера да поднесе тужба пред надлежниот суд, пред да ја поднесе тужбата, да се обрати со писмено барање до медијатор, со цел да достави покана до спротивната страна и спорот да го решат со медијација.⁴⁰

Притоа, доколку поканетата страна ја прифати поканата, односно доколку се изјасни во рок од 15 дена од денот кога е пратена поканата дека се согласува спорот да се решава со медијација, медијаторот веднаш ќе закаже средба на која страните ќе се обидат да го решат спорот⁴¹. Од друга страна, доколку поканетиот не одговори во рок од 15 дена од денот на испраќањето на поканата, ќе се смета дека не е прифатен предлогот за поведување постапка на медијација⁴².

Сепак, важно е да се истакне дека дури и во овие спорови каде што постои обврска за задолжителен обид за медијација, во практиката ваквата обврска честопати се користи за одложување на спорот, а не како можен начин за негово решавање⁴³.

5. Медијација во Италија

Најзначајната промена во Италија во поглед на регулирањето на медијацијата е направена во 2009 година, кога италијанскиот Парламент ја донел Уредбата бр. 69/2009 согласно со која Владата била овластена да ја регулира медијацијата во граѓанските и трговските спорови⁴⁴. Дотолку повеќе, била донесена специјална Уредба бр. 28/2010, со која се вовел концептот на задолжителна медијација пред почнување судска постапка за одредени граѓански и трговски спорови⁴⁵. Поточно, системот на граѓанска и трговска медијација е насочен кон разрешување спорови поврзани со права со кои страните можат слободно да располагаат⁴⁶.

Согласно со италијанското право, задолжителната медијација мора да биде завршена во рок од три месеци⁴⁷. Во овие ситуации, доколку некоја од страните пристапи директно до судот, без претходно да се спроведе задолжителниот обид за медијација, судот ќе биде обврзан да ја отфрли таквата тужба⁴⁸.

Судијата ќе определи рок од 15 дена во којшто страните ќе треба ја започнат постапката на медијација. Притоа, барањето за медијација треба да би-

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Билтени, 1.2.2.

⁴¹ Билтени, 1.2.2; ЗМ, член 18 (5).

⁴² Ibid.

⁴³ Коцевски, Црвенковска, 25.

⁴⁴ Aleksandar S. Mojašević, "(Judicial) Mediation in Italy and Serbia: Comparative Legal and Economic Analysis" (2015) [Во натамошен текст "Mojašević"], 101.

⁴⁵ Giovanni Matteucci, "Mediation and Judiciary in Italy 2019" (Рио де Жанеиро, Vol. 21, бр. 1, 2020) [во натамошен текст "Matteucci"], 108;

⁴⁶ European E-Justice, "Mediation in EU countries" (2022) [во натамошен текст "Mediation in EU countries"].

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

де приложено до органот за медијација којшто се наоѓа на истото географско подрачје како и надлежниот суд⁴⁹. Со други зборови, доколку Граѓанскиот суд во Рим (Tribunale Civile di Roma) е надлежен за конкретниот спор, тогаш надлежен ќе биде и орган за медијација којшто се наоѓа на подрачјето на Рим⁵⁰. Во секој случај, регистрите во Министерството за правда ги содржат имињата и податоците од сите јавни или приватни тела кои можат да се јават како надлежни за медијација⁵¹.

6. Правна рамка во Италија

Од почетокот на деведесеттите години на минатиот век, па сè до денес, Италија поминала низ неколку различни фази на регулирање на медијацијата. Главните фази и нивните карактеристики можат да се согледаат низ следниот временшлов:

а) 1993 – 2003:

Во 1993 година, секоја италијанска стопанска комора во нејзините рамки морала да воспостави посебна комора за миреење (и арбитража), при што Харвард-моделот бил поставен како референција по која треба да се води постапката на медијација.⁵² Станувало збор за „чисто“ доброволна медијација која не била поврзана со судската постапка⁵³. Исто така, не било предвидено задолжително присуство на адвокат, а трошоците се плаќале на самиот почеток на постапката⁵⁴. Карактеристика за медијацијата во овој период е тоа што одлуката којашто се носела не стекнувала извршен наслов⁵⁵.

б) 2003 – март 2011:

Во овој период со Уредбата бр. 5/2003 (која стапува во сила во 2005 година) се воведува доброволна медијација за корпоративни, банкарски и финансиски спорови⁵⁶. Меѓутоа, ваквата доброволна медијација не била употребувана во практиката. Во голема мера задржала обележја кои биле карактеристични и за дотогашната постапка на медијација, односно медијацијата сè уште не била со судската постапка, не било предвидено задолжително присуство на адвокат и трошоците се плаќале во почетокот на постапката⁵⁷. Разликата се состоела во тоа што одлуката којашто била донесувана можела да стекне *titulus executionis*⁵⁸.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Giovanni Matteuci, 190.

⁵³ Matteucci, 109; Federica Maiorana, “Mediation in Italy, how does it differ?” (London School of Mediation, 2019) [во натамошен текст “Maiorana”];

Види, исто така: Natasha Mellersh, “Italy’s Mediation Law: An Overview” (International Mediation Institute, 2017), [во натамошен текст “Mellersh”].

⁵⁴ Matteucci, 109.

⁵⁵ Matteucci, 109;

⁵⁶ Giovanni Matteucci, 190; Alessandro Bruni, “Mediation in Italy (Part 2)” (Mediate, 2011) [во натамошен текст: “Bruni”].

⁵⁷ Matteucci, 109;

⁵⁸ Matteucci, 109;

в) март 2011 – октомври 2012:

Со цел да се имплементира на Европската директива 2008/52/ЕС, италијанскиот законодавец ја воведо Уредбата бр. 28/2010 која стапи во сила во март 2011 година⁵⁹. Со оваа Уредба се воведо можност за извршување на спогодбите постигнати со медијацијата, доверливост во постапката, обука на медијаторите⁶⁰. Имено, Уредбата го воведо концептот на „задолжителна медијација“ како услов за започнување судска постапка за одредени спорови⁶¹. Овој концепт подразбирал дека постојат точно определени граѓански и трговски спорови кои страните морале задолжително да се обидат да ги решат во постапка на медијација, пред да поднесат тужба до суд⁶². Доколку страните не се придржувале до оваа обврска и директно се обрателе до судот, без претходно да пристапат кон медијација, судот бил обврзан да ја прекине постапката и да им наложи на страните да почнат постапка на медијација⁶³. Слично на ова, доколку страните во договор определиле дека во случај на спор ќе пристапат кон медијација (договорна медијација), а не го сториле тоа, судијата можел да донесе одлука да се почне медијација во рок од 15 дена⁶⁴.

Но, одредбата била оспорена пред Уставниот суд, кој во декември 2012 година ја потврдил неуставноста на одредбата за задолжителен обид за медијација и на одреден број други одредби директно поврзани со ваквиот задолжителен обид⁶⁵. Причината за ваквата одлука бил фактот што Владата не била изречно овластена од Парламентот да воведо задолжителен обид за медијација⁶⁶. Односно, Владата ги пречекорила своите овластувања⁶⁷.

г) октомври 2012 – септември 2013

Поради Одлуката на Уставниот суд на Италија за неуставноста на Уредбата бр. 28/2010, карактеристично за овој период е навраќањето на доброволната медијација во сите граѓански и трговски спорови⁶⁸. Како и да е, медијацијата и натаму се карактеризирала со тоа што одлуките можеле да станат извршни, не било задолжително присуството на адвокати во постапката на медијација и трошоците се плаќале во почетокот на постапката⁶⁹.

д) септември 2013 – досега

Како резултат на драстичниот пад на бројот на спорови изнесени во постапка на медијација и зголемувањето на бројот на случаи изнесени пред судовите, италијанскиот законодавец ја донел Уредбата бр. 69/2013, со која се изменува и дополнува првичната Уредба бр. 28/2010⁷⁰. Имено, со новата Уредба бр.

⁵⁹ Mellersh.

⁶⁰ Luigi Cominelli, “The “To Do” Law Decree and the Return of Compulsory Mediation” (Studio Legale Associato, 2013) [во натамошен текст “Cominelli”], 1.

⁶¹ Mellersh; Matteucci, 109.

⁶² Mojašević, 101; Cominelli, 1;

⁶³ Mojašević, 101.

⁶⁴ Mojašević, 101.

⁶⁵ Cominelli, 1.

⁶⁶ Cominelli, 1.

⁶⁷ Giovanni Matteucci, “Mandatory mediation in Italy, 2021. The relevance of training” (2021) [во натамошен текст: “Matteucci, 2021”].

⁶⁸ Mellersh; Matteucci, 109.

⁶⁹ Matteucci, 109.

⁷⁰ Mellersh.

69/2013 повторно се воведува, во период од четири години, ублажена одредба за задолжителна медијација која определува иницијална (почетна) средба за медијација за одреден број спорови⁷¹. Оваа Уредба бр. 69/2013, уште позната и како “То До” Уредба⁷², ги вовеле следниве главни промени во правната рамка:

1. Медијацијата, било да е доброволна или со одлука на судија, ќе се одржи пред медијатор чиешто седиште се наоѓа на територијата на надлежниот судија⁷³.
2. Освен за компензацијата која произлегува од прометот со моторни возила, задолжителниот обид за медијација се враќа за сите спорови за кои важел пред укинувањето на Уредбата бр. 28/2010.
3. Задолжителниот обид ќе биде во сила во следните четири години, а по истекот на овој период ќе се разгледува можност за продолжување на времетраењето⁷⁴. Времетраењето на медијацијата е намалено на три месеци⁷⁵.
4. Задолжителниот обид за медијација е неопходно да биде спроведен во присуство на адвокат⁷⁶, и првиот состанок со медијаторот е за подготвителни и информативни цели⁷⁷.
5. Спогодбата која е постигната со медијацијата пред надлежен орган е автоматски извршна доколку се извршува од страна на адвокатите назначени од страните. Во спротивно, ќе треба да добие дозвола од судот за да стекне таков ефект⁷⁸.
6. Адвокатите се медијатори *ope legis*, а останатите мораат да посетуваат курс и да положат стручен испит. Како и да е, Уредбата утврдува дека и адвокатите ќе треба да посетат соодветна обука и да се ограничат на медијација за случаи во кои тие имаат специфично познавање⁷⁹.
7. Судијата *ex officio* може да одлучи страните кои се веќе вклучени во судска постапка да направат обид да го решат спорот во постапка за медијација пред акредитиран орган⁸⁰. Дополнително, судијата може да донесе предлог-решение во сите спорови со преносливи права, а странките можат да прифатат или да одбијат (необврзувачка арбитража)⁸¹. Оттука, неретки се ситуациите кога судиите даваат предлог-решение, па доколку странките не го прифатат, носи одлука за пристапување кон задолжителна медијација (*arb-then-med*)⁸².

⁷¹ Mellersh.

⁷² Cominelli, 1.

⁷³ Уредба бр. 69/2013; : Cominelli, 1.

⁷⁴ Уредба бр. 69/2013, член 5.

⁷⁵ Уредба бр. 69/2013, член 6; Cominelli, 2.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

Како што може да се види од горенаведените фази, кулминацијата од овие флукуации е достигната со воведувањето на иницијалната средба за медијација, која привлечла особено внимание во изминатите години⁸³.

7. Забелешки за медијацијата во Италија

Во периодот од 2011 година до 2019 година, во Италија може да се забележи намалување на граѓанските судски спорови (4 % во година) поради економската криза, но и благодарение на задолжителната медијација; зголемувањето на бројот на постапките на медијација (+18 % во година) и зголемувањето на спогодбите донесени во постапката на медијација⁸⁴. Како што вели Европскиот парламент, „Италија... користи медијација со шестипати повисока стапка од остатоците од Европa“⁸⁵.

Моделот со иницијална средба за медијација резултирал со 200.000 барања за медијација во текот на една година, опфаќајќи 8 % од вкупниот број граѓански и трговски спорови⁸⁶. Во 2016 година, статистики објавени од Министерството за правда на Италија покажале дека страните кои одлучиле да продолжат со постапката на медијација по иницијалната средба достигнуаат просечен успех од 43,6 %⁸⁷. Приватните органи имаат уште повисок просечен успех од 47,9 %⁸⁸. Стапката на успех кај државните органи за медијација, пак, варира од Стопанската комора со 46,9 % до Адвокатската комора со 37,2 %⁸⁹. Со воспоставувањето иницијална средба за медијација, се бележи намалување на судски постапки од околу 16 %⁹⁰.

Без сомневање, како што покажуваат статистиките, овој систем во Италија ги растоварува преоптоварените судови и на граѓаните им го подобрува пристапот до правдата. Со заштеда на време и финансиски средства, овој модел не само што ги стимулира постапките на медијација туку ја подобрува и целокупната ефективност на судскиот систем.

8. Заклучок

Заедничка точка на судските системи на Македонија и Италија е неефикасноста на судските постапки, која резултира со преоптовареност на судовите, значителен број заостанати предмети и долги судски постапки. Сето ова води кон една особено значајна заедничка карактеристика: задолжителниот обид за медијација.

Италија е соодветен пример за компаративна анализа, не само затоа што италијанската правна рамка содржи слични законски решенија како и маке-

⁸³ Maiorana.

⁸⁴ Matteucci, 2021.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Leonardo D'Urso, Romina Canessa, *The Italian Mediation Law on Civil and Commercial Disputes* (ADR Center, 2017), 8.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

донската, туку затоа што од италијанското правно искуство со медијацијата може да се согледаат предностите и слабостите на различните законски решенија. Имено, може да се согледа дека со задолжителниот обид за медијација се растоварува судството и се стимулира пристапувањето кон постапката на медијација.

Со внимателно донесени законски решенија и нивно почитување во практиката, ќе се зголеми свеста на граѓаните за придобивките од медијацијата како алтернативен начин на решавање на спорите и ќе се растовари судството со што ќе се постигне поголема ефикасност, ефективност и квалитет на целокупниот судски систем во Република Северна Македонија.

**MEDIATION AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHOD
WITH COMPARATIVE REVIEW OF THE REPUBLIC OF ITALY**

(Summary)

The subject of analysis of this paper is the mediation regarded as an alternative dispute resolution method, by making a parallel between the Macedonian and the Italian law system in respect of this question. The main features of the mediation are also its advantages in terms of court proceedings. Namely, the voluntariness, informality, confidentiality, non-publicity and economy that lie at the heart of mediation, enable the parties to save time and money, while having the opportunity to actively participate in the overall process. Mediation in the Republic of North Macedonia is regulated for the first time by the Law on Mediation from 2006, and the latest law aimed at harmonization of the Macedonian legislation with the Directive of the European Union 2008/52/EC is the Law on Mediation which entered into force in 2022. The purpose of this paper is to address the common point of the Italian and Macedonian Law on Mediation - the mandatory attempt at mediation. Through a chronological review of the changes, highlighting the main features of the legal solutions and their implications in practice, an attempt is made to emphasize the advantages of the mandatory attempt and the opportunities to improve the existing laws.

Keywords: Mediation, mandatory mediation attempt, Law on Mediation, Italian legal framework

ЛИТЕРАТУРА:

1. Татјана Зороска-Камиловска, *Арбитражно право* (Скопје, 2015)
2. Татјана Штерјова, „Препораки за унапредување на правната рамка за вонсудско решавање на спорови во Република Северна Македонија: Документ за јавни политики“ (Македонско здружение на млади правници, Скопје, 2020)
3. Joanne Goss, *An introduction to Alternative Dispute Resolution* (Vol. XXXIV, No. 1 1995, Alberta Law Review 34, 1995)
4. Гоце Коцевски, Светлана Црвенковска, „Применливоста на механизмите за алтернативно решавање на спорови во обезбедувањето пристап до правда за ранливи категории во Република Македонија“ (Македонско здружение на млади правници, Скопје, 2018)
5. Ernest G. Tannis, *Alternative Dispute Resolution that Works* (Captus Press, 1989)
6. Весна Стефановска, Медијаторот во постапката за медијација меѓу жртва и сторител“ од *Хоризонти: Меѓународно научно сѝсание, Серија А, Оишесивени и хуманисѝички науки* (број 10, Универзитет „Св. Климент Охридски“, 2013)
7. Томе Груевски, „Медиологијата на Режиc Дебре“ од *Годишник на Правниот факултет „Јусѝинијан Први“ во Скопје, во чест на проф. д-р Славко Милосавлевски* (Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, 2016)

8. Кирил Чавдар, Кимо Чавдар, *Закон за ѝарнична ѝосѝайка со коменѝари, судска ѝрактѝика, ѝримери од ѝрактѝична ѝримена и ѝредмеѝен реѝисѝар* (Скопје, 2016); Милорад Петрески, „Медијацијата во Република Македонија“ (2016 година)
9. Сојуз на стопански комори на Македонија, „Медијација“
10. Роза Алексова, „Медијација – алтернативен начин за решавање спорови“ – Билтени
11. Академија за судии и јавни обвинители „Павел Шатов“, „Алтернативно решавање спорови, придобивки од алтернативното решавање спорови, можноста за користење на медијацијата во спорните односи“ (Скопје, 2020)
12. Франс ван Арен, “Mediation in the Netherlands” од *Алманах за медијација* (International Finance Corporation)
13. Арсен Јаневски, „Алтернативно решавање спорови: за медијацијата клучна е довербата“
14. Закон за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 138/2009)
15. Закон за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 294/2021 од 27.12.2021)
16. Закон за парнична постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015)
17. Директива на Европската Унија 2008/52/ЕС за медијација во граѓанските и стопанските спорови CELEX бр. 32008L0052
18. Арсен Јаневски, Татјана Зороска-Камиловска, *Граѓанско ѝроцесно ѝраво – ѝарнично ѝраво* (Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2012)
19. Јадранка Дабовиќ Анастасовска, Неда Здравева, „Поттикнување на медијацијата како механизам за решавање на потрошувачките спорови во правото и во практиката на Република Македонија“ од „Решете го спорот – да, со медијација“ (Институт за европска политика, Скопје, 2013)
20. Aleksandar S. Mojašević, “(Judicial) Mediation in Italy and Serbia: Comparative Legal and Economic Analysis” (2015)
21. Giovanni Matteucci, “Mandatory mediation in Italy, 2021. The relevance of training” (2021)
22. Giovanni Matteucci, “Mediation and Judiciary in Italy 2019” (Рио де Жанеиро, Vol. 21, бр. 1, 2020)
23. European E-Justice, “Mediation in EU countries” (2022)
24. Federica Maiorana, “Mediation in Italy, how does it differ?” (London School of Mediation, 2019)
25. Natasha Mellersh, “Italy’s Mediation Law: An Overview” (International Mediation Institute, 2017)
26. Alessandro Bruni, “Mediation in Italy (Part 2)” (Mediate, 2011)
27. Luigi Cominelli, “The “To Do” Law Decree and the Return of Compulsory Mediation” (Studio Legale Associato, 2013)
28. Leonardo D’Urso, Romina Canessa, *The Italian Mediation Law on Civil and Commercial Disputes* (ADR Center, 2017)

ОСТАНАТИ ПРАВНИ ОБЛАСТИ

СУДОТ КАКО ПРОТАГОНИСТ НА ЕКОЛОШКАТА ПРАВДА

342.7:502.13]:342.565.2

342.7:502.13]:347.96/.99

349.6

Изворна научна статија

Вовед

Отрезнувањето што настапува по соочувањето со беспакето на кое современото општество е доведено од владејачката антропоцентричната филозофско-правна парадигма предизвикува нагло свртување на интересот кон еколошката правда и конституционализацијата на човековото право на здрава животна средина. Подигањето на природата и животната средина како интергенерациска вредност на рамниште на уставна категорија, заедно со човековото право на одржлив развој и здрава животна средина, е едно од средишните постулати на современата правна реформа, насочена кон промовирање на новиот концепт на еколошка правда и улогата на судот како еден од неговите главни протагонисти.

Клучни предуслови за прераснување на еколошката правда од метафизички во позитивно-правен концепт се: конституционализација на еколошките права, конзистентен и ефективен правен систем на јасно определени надлежности и одговорности во заштитата на природата и правото на здрава животна средина и нивна ефикасна судска заштита.

1. Екоцентризмот како одговор на еколошката криза

1.1. Современото општество ја плаќа скапо неразумноста во односот кон своето природно окружување и услови за живот. Природата возвраќа и се одмаздува за безобѕирноста, лакомоста и крајниот егоизам на човековиот род, доведувајќи ја во прашање наследената од антиката антропоцентрична претстава за човекот (*Пропијатора* – *Omnium regum homo mensura est*). Вечната илузија за човековото господство над природата е драматично срушена во последниве декади од поразителните факти на климатските промени и еколошката криза, предизвикана со сеопштата девастација на животната средина од страна на човекот. Нивната листа е долга и се проширува со сè позабрзан ритам, а негативните последици на кризата засегаат бројни суштински елементи на квалитетот на човековиот живот (в. *Robinson, (2022), Wienhues, (2020)*). Меѓу најсериозните еколошки проблеми денес влегуваат: глобалното затоплување од фосилни

горива (денес нивото на CO₂ PPM е на 418, а глобалниот пораст на температурата е 1,1 Целзиусви степени во споредба со прединстриските нивоа), со сите секојдневни последици – масовни шумски пожари, топење на мразот на Антарктикот и Гренланд, загадување на воздухот што го влошува ширењето на ковид-19, масовни поплави итн.; нерационалното користење и фрлање храна: во отпад се фрла третина од храната наменета за човечка исхрана, околу 1,3 милијарди тони годишно, доволно за да се нахранат 3 милијарди луѓе; загубата на биодиверзитетот: големината на популацијата на цицачи, риби, птици, влечуги и водоземци доживеа пад во просек за 68 % помеѓу 1970 и 2016 година, а една неодамнешна анализа покажа дека масовното исчезнување на дивиот свет на Земјата се забрзува, така што повеќе од 500 вида копнени животни се на работ на истребување и, најверојатно, ќе бидат изгубени во рок од 20 години; уништувањето на шумите: секојдневно се сечат шуми со големина од 20 фудбалски игралишта, така што до 2030 година се предвидува дека на планетата може да останат само 10 % од нејзините шуми, а ако таквиот екоцид не биде спречен, за помалку од 100 години тие целосно ќе бидат уништени; загадувањето на воздухот е еден од најголемите еколошки проблеми: истражувањата на Светската здравствена организација (СЗО) покажуваат дека од околу 4,2 до 7 милиони луѓе годишно умираат од загаден воздух во светот и дека девет од 10 луѓе дишат воздух кој содржи високо ниво на загадувачи; загаденоста и небезбедноста на храната и водата како последица на зголемната температура и уништувањето на плодно земјиште со биоциди и ѓубрива има за последица на глобално ниво повеќе од 68 милијарди тони од горната почва да се еродира секоја година 100 пати побрзо отколку што природно може да се надополни. Тоа е само дел од најмаркатните негативни последици на климатските промени и уништувањето на природата со човековите ективности.

Главните фактори што придонесуваат за глобалната еколошка криза се распоредени на широк дијапазон на негативни влијанија, пред сè, на утилитарните економски политики кои дозволуваат неограничена експлоатација на природните ресурси и екосистемите и се рефлексивна на краткорочните обрасци на одлучување својствени за владите, компаниите и поединците што има цел краткорочно максимизирање на профитот. Според *Tainter*, цивилизациите пропаѓаат доведувајќи се во „термодинамичка криза“, во која не се во состојба да го одржат интензивното енергетско ниво и неговата комплексност. Резултатот е колапс – еколошка катастрофа и масовно истребување на човековата популација (*Tainter*, (2006):91).

1.2. Соочувањето со предизвиците на еколошката криза во Македонија наложува јасно согледување на нејзиниот обем и последици во нашето непосредно окружување низ мултидисциплинарен пристап. Научните истражувања, особено интензивирани во последнава декада, упатуваат на алармантни состојби со загадување на почвите, водите и воздухот, со уништувањето на природните ресурси, како што се рудните богатства, загадувањето на целиот простор со отпад, задушвање на големите градови со безобсирната урбанизација, опустошување на селата и на уникатните заедници на флора и фауна (в. на пример: *Сџафилов, Шајн*, (2019): 153; *Мийкова и др.*(2019): 187; *Андреевски и др.*, (2003): 203).

Во однос на процената на реално достигнатото рамниште на загрозување на животната средина и квалитетот на животот, доволно е да се земат предвид состојбите со урбанизацијата на Скопје и на неколку други поголеми градови (особено Тетово) за да се дојде до аподиктичен заклучок дека еколошката криза се посматра сè уште како тема која нема алармантно значење и нема потенцијал да предизвика радикални промени во јавните политики. Според *Студијата за процена на еколошкиот капацитет на градоот Скопје*, изработена од Институтот за истражување во животна средина, градежништво и енергетика во 2016 година, со примена на национални статистички и други показатели и меѓународни методологии на процена, жителите на Скопје и околината живеат над границите на еколошкиот капацитет на градот и околината (процената е дека тие граници според вкупниот број граѓани што живеат во Скопје и околината се речиси тројно надминати). Главната причина за претворањето на градот во опасно место за живеење е необмислената политика на рамномерен развој, екоцидната урбанизација на Скопје и имиграциското стампедо од други населени места, што врши силен притисок врз природните ресурси (в. *Блинкова Дончевска и др.* (2019): 381). Или, според показателите за располагањето со отпадот и депониите како еден од најголемите еколошки и комунални проблеми, во Републиката има 54 комунални и стотици диви депонии кои се со висок ризик за животната средина; само околу 70 % од населението ги користи услугите на системот на собирање на комунален отпад, а од отпадните води што се испуштаат во реките или езерата само 27.4 % се пречистени.

Во публикацијата на Државниот завод за статистика „Статистика на животна средина, 2021“ се евидентирани повеќе проблеми во животната средина, кои бараат преиспитување на јавните политики, цврсти законски решенија и доследно применување на законите (стр. 12). Во својот последен *Извештај за најредокот на Република Северна Македонија за 2021 година*, Европската комисија констатира (Кластер 4 – Зелена агенда и одржлива поврзаност, Поглавје 27: животна средина и климатски промени) дека е постигнат ограничен напредок во областа на животната средина и климатските промени и дека земјата треба значително да ја засили својата амбиција за правилно спроведување на правото на ЕУ во ова поглавје.

Потсетувањето на овие општопознати факти има цел да предупреди на алармантна состојба во справувањето со климатските промени и еколошките проблеми, имплицирајќи заклучок дека еколошката криза е рамна на економската или политичката. Таа има таков обем што го надминува рамништето на правото на здрава животна средина како индивидуално право и не може да се мери само низ оптиката на конкретно утврдени случаи на негова повреда.

1.3. Нови хоризонти во промислувањето на одржливиот развој и животот на сегашните и на идните генерации во согласност со природата отвора филозофскиот концепт на еко(био)центризам. За разлика од владејачката антропоцентрична парадигма, којашто го посматра човекот како вредност над сите други вредности, екоцентризмот ја истакнува како највисока вредна (интринсична) вредност целата природа, на која и припаѓа и човековиот род. Концептот на екоцентризам го содржи во себе и биоцентризмот како филозофски и етички принцип кој поаѓа од вредената вредност на сите живи суштества, вклучувајќи

ги во еколошките системи како целини и нивните абиотски аспекти, а во својот најширок контекст го вклучува и неживиот свет, односно природата како „геодиверзитет“.

Цел на екоцентричната филозофија е, формулирајќи нова вредносна оптика на одржлив развој, да промовира нови социјални, морални, економски, политички и правни ставови кои одговараат на барањата на новата постиндустриска ера низ редефинирање на односот помеѓу антропоцентричната и екоцентричната етика (в. *Marjanović*, (2011): 527). Како одговор на современите предизвици на еколошката криза, концептот на екоцентрична (биоцентрична) филозофија во целиот центар го поставува постулатот на одговорност за состојбата на човештвото, перспективите на идните генерации и на целата природа и животот, воопшто, како неопходен услов за човековото постоење. Тоа е холистички пристап, кој го гледа животот како целина што ја сочинува биолошката и моралната заедница и правото на живот на целиот жив свет – флора и фауна во која било форма, дури и материјалниот свет кој е услов за живот.

Екоцентризмот отвора сосема нова перспектива за основните категории на правото, кои се тесно поврзани со статусот на човековите права. Од особена важност е идејата за перспективната одговорност како контрапункт на денес владејачкиот концепт на ретроспективна одговорност за она што човекот го направил со прекршување на неговите должности. За разлика од ретроспективната, проспективната одговорност е одговорност на поединецот за она што тој според својата општествена улога е должен да го направи, или да го предвиди како последица на неговите постапки и да го спречи, не само за другите членови на општествената заедница, туку и за потомството, за она што ќе се случува во иднина. *Jonas* (во неговата книга „Принципот на одговорност“ од 1979 година) тргнува од ставот дека само метафизиката може да ја развие спекулативната основа на „трансценденталната или метафизичката должност на поединецот за постоење на луѓе на Земјата во иднина, кои се олицетворение на човечкиот род под оние услови на постоење, кои сè уште дозволуваат реализација на идејата за човекот“ (*Jonas*, (1984): 292). Етиката на одговорност не се сведува на одговорност за одржување на човечкиот вид, односно на биоколошката етика, туку вклучува и одржување на институциите на човечката културна традиција кои се ненадминати достигнувања на континуитетот на човековото постоење, коегзистенција на минатите културни достигнувања и новите културни и етичките вредности (в. *Šarčević*, (2005): 28).

На тој постулат се заснова и барањето за индивидуална одговорност како неопходна компонента на солидарноста и обврската за активно учество во колективните активности на човештвото. Секој поединец е должен да ги предвиди негативните последици од своите постапки и е одговорен за нив, според новиот „еколошки императив“ кој гласи: „постапувајте така што последиците од вашите постапки ќе бидат конзистентни со трајноста на вистинскиот човечки живот на земјата“ (*Jonas*). Биоетиката не ја исклучува ретроспективната одговорност, туку само додава нови етички обврски на постоечките, вклучувајќи ја и обврската за апсолутно почитување на животот, слободата и другите човечки вредности (*Callicott*, (1999):124).

1.4. Екоцентричната филозофија помина релативно краток пат на сопствениот развој за да достигне денес до промоција на новиот правен концепт

на еколошка правда, кој е во фаза на забрзано конституирање врз следните разумни правила: треба да се отфрли сè што го загрозува есенцијалниот интерес за заштита и одржување на животот, сè што создава неправедни привилегии за некого во однос на другите, како и сè што ги загрозува јавните добра. Овие правила треба да бидат гарантирани со строги уставни и институционални гаранции (Barry, (1999): 67).

Прифаќањето на стојалиштето за внатрешната вредност на природата како вредност по себе и основа и извор на сите други вредности се одвива низ динамика диктирана со јакнењето на свеста за длабочината на еколошката криза како глобален проблем (в. *Kopnina et.al.* (2017): 36). Прв најзначаен меѓународен документ на патот на екоцентризмот е *Свејскајта повелба за природата*, усвоена од Обединетите нации на 28 октомври 1982 година, која прокламира пет „принципи на зачувување според кои треба да се води и да се суди целото човечко однесување кое влијае на природата“: да се почитува природата да не бидат нарушени нејзините суштински процеси; да не биде загрозувана генетската одржливост на Земјата; нивоата на популација на сите форми на живот, диви и припитомени, мора да бидат барем доволни за нивниот опстанок итн. *Декларацијата од Рио за животно средина и развој*, усвоена на Конференцијата за животна средина и развој на ОН во 1992 година (неформално познат како Самит за Земјата), содржи 27 принципи наменети да ги водат земјите во идниот одржлив развој. Во 2000 година во Париз е прогласена *Повелбата за Земјата (Earth Charter)*, од Комисијата за Повелба за Земјата на УНЕСКО, која го промовира стојалиштето дека заштитата на животната средина, човековите права, правичниот човечки развој и мирот се меѓусебно зависни и неделиви. Набрзо, во 2002 година, на Самитот за одржлив развој на ОН во Јоханесбург, Јужна Африка, екоцентричниот светоглед силно напредуваше низ *Декларацијата* која повикува на признавање дека сите суштества се меѓусебно зависни и секоја форма на живот има вредност без разлика на неговата вредност за луѓето.

Во 2015 година, ООН ја усвои Агендата за одржлив развој за 2030 година и *Глобалните цели на одржлив развој (Sustainable Development Goals – SDGs)*, како заеднички план на државите членки за обезбедување мир и просперитет за луѓето и планетата денес и во иднина. Како итен повик за акција, 17-те Глобални цели ги интегрираат антропоцентричните и екоцентричните постулати низ хармонизација на стратегиите и политиките на економски развој, намалување на сиромаштијата и нееднаквоста и заштитата на животната средина. Од посебно значење за заштитата на природата и животната целина се: целта 15 за одржливо искористување на земјата со заштита, обновување и промовирање одржливо користење на копнените екосистеми, одржливо управување со шумите, борба против опустинувањето и запирање и враќање на деградацијата на земјиштето и запирање на загубата на биолошката разновидност, но и другите цели кои ја инкорпорираат еколошката димензија на одржлив развој: целта 6 – чиста вода и санитарни услови; целта 7 – обновлива и достапна енергија; целта 11 – одржливи градови и заедници; целта 12 – одговорно користење на ресурсите; целта 13 – мерки за климатските промени; целта 14 – одржливи океани.

Поставката дека екоцентризмот не пледира за отфрлање на антропоцентризмот, туку за негово инволвирање во интегриран вредносен систем, чијашто основа е новото „историско помирување“ помеѓу поединецот и природата, наи-

дува на силен отпор од позициите на материјализмот и конsumerизмот и концептот на глобализацијата потпрен врз грубиот економизам (Atkinson, (2013): 20). Голем дел од инфраструктурата и моделите на потрошувачка на високо-развиените земји се засноваат врз неодржливо високи нивоа на користење на ресурсите. Од перспектива на одржлив развој, развиените земји може да се гледаат не само како неодржливи, туку парадоксално и помалку развиени отколку што често ги прикажуваме (Haugestad, Wulffhorst, (2004): IX). Повеќе од 30 години по првата конференција на ОН за животната средина во Стокхолм – која ги постави ограничувањата на ресурсите за раст високо на агендата – главните инфраструктурни решенија во повеќето богати земји сè уште непотребно бараат натамошно исцрпување на сите можни природни ресурси.

2. Еколошката правда како нова правна парадигма

2.1. Еколошката криза и потребата од засилена заштита на човековите права и на природата во последните децении го помести фокусот на јавните политики кон создавањето нов систем на еколошкото право. Неговото обликување е денес под силно влијание на концептот на еколошка правда (терминот еколошка правда првпат го користат Low и Gleeson, (1998):2). Формиран врз барањето за приближување на антропоцентризмот и еко(био)центризмот, неговата содржина ја одредуваат два постулата на дистрибутивната правда: правична распределба на природата и нејините ресурси меѓу луѓето и правични односи меѓу луѓето и природата (Лилић, Дреновак-Ивановић, (2014): 45; O`Gorman, (2017): 435). Неговата специфичност во однос на сè уште владејачките сфаќања за правдата (комутативна и дистрибутивна), врзана за статусот на поединецот и неговите природни права, е што ја напушта исклучиво антропоцентрично заснованата „сфера на правдата“ (s. Nozick, (1974): 28). Тој е во прв ред фокусиран врз дистрибутивната правда меѓу поединците како социјални битија што создаваат добра во допир со природата (изградба на брани, патишта, вештачки езера, пренамена на земјиштето итн.), кои се ставаат во општа употреба и на тој начин стануваат јавни добра. Во однос на сите добра кои се од општо значење за сите членови на општествената заедница, клучно барање на правдата е исклучување на каков било монопол врз нив (види Walzer, (1983): 17).

Над ова рамниште, на кое концептот на еколошка правда и не отстапува од класичното сфаќање за дистрибутивната правда, во него е инкорпориран интергенерацискиот пристап, како барање за правично задоволување на интересите не само на постојните генерации низ непристрасна распределба на јавните добра (Rawls, (1973): 302), туку и на идните генерации, а над сето тоа и правичен однос помеѓу човекот и природата (живиот и неживиот свет) што го опкружува. Еколошката правда како меѓугенерациски постулат е замислена како правда меѓу сегашните и идните генерации, а нејзината смисла е најексплицитно изразена низ познатата формулација во *Извештајот Brundland* за одржлив развој: „развој кој ги задоволува потребите на сегашните генерации, без да ја загрози способноста на идните генерации да ги задоволат своите потреби“ (Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future 1987; в. Koprina, (2014):2). Најсилен (истовремено најслаб) аргумент

на еколошката правда е токму барањето нечовечките организми или неживиот свет, коишто претставуваат животна средина, да се сметаат како автономни вредности кои имаат вродени барања за правично човеково однесување, иако не се морални ентитети (*Baxter*, (2005): 4).

Концептот на еколошка правда ги опфаќа дистрибутивната, корективната и процедуралната правда (*Ebbesson, Okowa*, (2009): 4). Најчесто се дели на два (дистрибутивна и процедурална правда) или три (покрај соменатите, и правдата како признание) основни обрасци. Оценувањето на дистрибутивната правда често следи квантитативни, статистички пристапи, на пример мерење на квалитетот на воздухот во соседството на индустриски производствени капацитети и анализа на особено загадените делови од градот, во исто време земајќи ја предвид социјалната структура на погодените населби. Процедуралната правда, во смисла на широка, инклузивна и демократска процедура на одлучување, е дефинирана како алатка или дури и предуслов за постигнување дистрибутивна правда.

Правдата како „признание“ е трет посебен, но со претходните постулати тесно поврзан принцип, фокусиран особено врз положбата на потенцијално засегнатите лица или групи лица. Во дебатата за еколошката правда таа компонента е воведена од *Schlosberg*, кој го дефинира „признавањето“ на другиот или другото како предмет, но и како услов на правдата. Тој нуди најхолистичко објаснување, дефинирајќи ја еколошката правда низ следниве аспекти: правична распределба на еколошките добра и штети; препознавање и признавање на човечките и нечовечките интереси во одлучувањето и дистрибуцијата на добрата; постоењето делиберативно и демократско учество во јавните еколошки политики; и градење односи на правичност меѓу поединци и групи и нечовечки делови од природата. Правдата не се сведува само – па дури ни примарно – на обезбедување правична распределба на добрата. Да се постапува праведно со другиот (другото) вклучува и признавање на нивното членство во моралната и политичката заедница, промовирање на способностите потребни за нивно функционирање и обезбедување нивно вклучување во политичкото одлучување. Теоријата и практиката на еколошката правда мора да се потпира врз класичниот концепт на дистрибутивна правда, но, исто така, и врз нејзиното сфаќање како признавање, учество во одлучувањето и правични односи помеѓу луѓето и природата (*Schlosberg*, (2007):145).

2.2. Концепцијата за правдата како „признавање“ на интринсичната вредност на природата ја пополнува празнината што ја создава класичната дефиниција на правдата во однос на меѓугенерациската правда и правичниот однос меѓу човекот и неговото природно опкружување, спротивставувајќи ги своите аргументи на мислењето на бројни автори, кои сметаат дека еколошката правда сама по себе е обична фантазија, при речиси целосна непредвидливост на иднината на општеството (*Hiskes*, (2009):2). Во филозофската традиција од *Aristo* до денес, преовладува ставот дека правдата се карактеризира со еден вид реципроцитет (*do ut des*), кој тешко може да се замисли како реципрочено давање и возвраќање помеѓу сегашните и идните генерации. Во буквална смисла, реципроцитет би значело дека сегашните генерации имаат право да ја користат природата за свои цели, но и должност да ја зачуваат за идните генерации. Но, идните генерации? За нив можеме да претпоставиме дека ќе имаат

такво право и должност кон оние што доаѓаат по нив, но не и кон постоечките генерации.

Предмет на големи дебати е и вклучувањето во поимот на еколошката правда на живиот свет како „правда меѓу видовите“ (biospheric egalitarianism), како и на неживата природа, независно од нивната инструментална вредност за луѓето (Baxter, (2005): 43). Проблемот со живите и неживите делови на природата како партиципенти во „еколошката екумена“ е во тоа дека тие не можат да бидат субјекти на морални и законски должности и права. Ова не значи дека човекот може без никакви морални или правни обсири да располага со нив, или дека има некаква априорна морална или правна должност, освен ако таква не му наложува законот кој е договор меѓу луѓето, донесен во „отсуство“ и на идните генерации и на живиот и неживиот свет што ги опкружува. Но, неспорно е дека природата и сите нејзини форми имаат внатрешна вредност по себе, затоа што претставува незаменлив услов за човековото постоење (Peper, (2018): 17).

Еден сјаен пример во современите законодавства ја потврдува исправноста на учењето за еколошката правда и неговото прифаќање како нова правна парадигма што ги поврзува антропоцентричниот и екоцентричниот пристап кон „еколошката екумена“. Во 2010 година, Боливија усвои закон кој носи спектакуларен екоцентричен наслов: Закон за правата на Мајката Земја (*Ley 071 de Derechos de la Madre Tierra*). Тоа е прв закон во светот со кој правата на природата се изедначуваат со правата на човекот. Законот ги рedefинира богатите минерални наоѓалишта на Земјата како „благословени“ и содржи радикални нови заштитни механизми и социјални мерки за намалување на загадувањето и контрола на индустријата. Тесно поврзани со прашањето за извршување се законските мерки за „одбрана на Мајката Земја“, Законот предвидува формирање омбудсман на Мајката Земја (*Defensoría de la Madre Tierra*), како пандан на омбудсманот за човекови права (*Defensoría del Pueblo*), а гаранциите за заштитата на Земјата се дополнително зајакнати со одредбата на Уставот на Боливија за уставноправна заштита со поднесување уставна тужба (в. *Calzadilla, Kotzé*, (2018): 409).

Овој закон сведочи дека прашањето за „правата на природата“ влегува наголемо во фокусот на глобалниот интерес за озакоување на заштитата на природата врз екоцентрични основи. Тоа е кренато и на конституционално рамниште, за што најбележит пример претставува Уставот на Еквадор од 2008 година (прв и засега единствен во светот), кој содржи посебна глава (Глава 7) – права на природата. Неговата основната одредба (член .71) гласи: „ Природата (или *Pacha Mama*), каде што животот се репродуцира и настанува, има право на интегрално почитување за нејзиното постоење и за одржување и регенерација на нејзините животни циклуси, структура, функции и еволутивни процеси“.

Еко(био)центричниот и интергенерацискиот пристап е прифатен и од германскиот Устав, иако на индиректен начин, во неговата одредба од член 20-а (заштита на природните основи на животот и животните), според која „имајќи ја предвид и својата одговорност кон идните генерации, државата ќе ги заштити природните основи на животот и животните со законодавство и, во согласност со законот и правдата, со извршни и судски дејствија, во рамките на уставниот поредок“.

Во рамките на ЕУ, конкретно Европскиот економски и социјален комитет, е започната сериозна дебата за уредување на „правата на природата“. Во рамките на таа дебата е изготвена и мошне сериозна студија под наслов „Кон Повелба на ЕУ за основните права на природата“, која има цел да постави рамка за правно признавање на правата на природата во правниот поредок на ЕУ, како предуслов за поинаков и подобрен однос меѓу луѓето и природата. Исто така, студијата содржи оценка како „правата на природата“ може да помогнат да се надминат неуспесите на еколошкото право и, врз основа на наодите од анализата, се идентификуваат и презентираат стратегиските одредници потребни за да се постигне вистинска заштита на екосистемот. Конечно, студијата поттикнува расправа за потребата од воведување Повелба за правата на природата во правниот систем на ЕУ (в. *Carducci et al.*, (2020): 9).

3. Конституционализација на еколошките права

3.1. До пред три-четири декади, заштитата на природата низ призмата на човековото право на здрава животна средина се сметаше за радикална идеја, неспојлива со класичниот пристап кон човековите права. Доволна потврда за тоа е фактот дека правото на здрава животна средина не се наоѓа како експлицитно прокламирано право во документите за човекови права на новата ера, како што се Универзалната декларација за човекови права (1948), Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи (1950), Меѓународниот пакт за граѓанските и политичките права (1966) или Меѓународниот пакт за економските, социјалните и културните права (1966). Во времето на нивното изготвување, свеста на општеството за големината, темпото и негативните последици од деградацијата на животната средина не беше доволно напредната за тие да го гарантираат правото на здрава животна средина како основно човеково право.

Првото негово официјално признавање доаѓа на Конференцијата на Обединетите нации за човековата средина, одржана во 1972 година во Стокхолм. Усвоената *Стокхолмска декларација за животнојната средина*, која е прв меѓународен документ за еколошкото право, го промовира правото на здрава животна средина како право на секој поединец, но и обврска на државите да бидат главните гарантни за обезбедување услови за остварување на ова право (*Принципиот I*): „човекот има основно право на слобода, еднаквост и соодветни услови за живот, во средина со квалитет што дозволува живот со достоинство и благосостојба, и има свечена одговорност да ја заштити и подобри животната средина за сегашните и идните генерации“. Декларацијата содржи 26 принципи кои се однесуваат на животната средина и нејзината заштита и унапредување и ги повикува државите да создадат регулативи за заштита на дивниот свет и да ги зачуваат достапните природни ресурси. Основните принципи презентирани во Декларацијата резултираа со усвојување на *Програмајта за животнојната средина на ОН*, која подоцна разви повеќе специфични протоколи за заштита на животната средина. На Конференцијата е усвоен и Акциски план со 109 препораки за примена на Стокхолмската декларација. Со овој меѓународен документ започна директно и јасно да се втемелуваат основите за понатамошно-

то меѓународно право кое го гарантира и го штити правото на здрава животна средина на луѓето.

На 20-годишнината од Декларацијата, врз основа на Резолуцијата 64/236 на Генералното собрание на ОН, во Рио де Жанеиро е одржана *Конференција за одржлив развој на ОН* (Самит за Земјата), на која е усвоена *Декларација* (наречена „Рио+20“), чијашто цел е реафирмација на Стокхолмската декларација, истакнување на интегралната и меѓузависната природа на планетата Земја како дом на сите луѓе, како и воспоставување глобално партнерство преку создавање нови нивоа на соработка помеѓу државите, клучните сектори во општеството и поединците. Слично на Стокхолмската декларација, и *Декларацијата од Рио* предвидува 27 принципи чиј фокус, покрај заштитата на животната средина, е и одржливиот развој како една од клучните цели околу кои треба да се обединат државите, приватниот и граѓанскиот сектор и другите интересни групи во насока на намалување на сиромаштијата, унапредување на социјалната еднаквост и обезбедување заштита на животната средина. Усвоена е и „Агенда 21“, како иницијатива чијашто главна цел е секоја локална власт да подготви своја локална Агенда 21, со политики и мерки за борба против еколошка штета, сиромаштија и болести преку глобална соработка за заеднички интереси, заемни потреби и споделени одговорности заради постигнување глобален одржлив развој. На Самитот во Рио се отворени за потпишување *Рамковната конвенција за климатски промени на ОН* и *Конвенцијата за биолошка разновидност* и започнати преговори за Конвенцијата за борба против опустинувањето. Во декември 1992 година, Генералното собрание на ООН ја формира Комисијата за одржлив развој (UN Commission on Sustainable Development, CSD) како меѓувладино, функционално тело основано заради ефективно следење на препораките и заложбите кои произлегоа од Конференцијата за животна средина и развој. Комисијата е составена е од 53 члена кои имаат тригодишен мандат и поднесува извештаи до Советот за економија и социјални работи (ECOSOC).

Принципите прогласени со *Декларацијата од Рио* имаат универзално политичко и правно значење на основи за радикален пресврт во современото капиталистичко општество, низ кој грубата глобална неолиберална економска ориентација, корпоративизмот и конsumerизмот ќе мораат да отстапат пред постулатите на почитување на природата („Мајката Земја“), барањето за одржлив развој кој гарантира живот за идните генерации и заштитата на правото на здрава животна средина.

3.2. По усвојувањето на Декларацијата од Рио е започнат забрзан процес на усвојување на повеќе меѓународни конвенции за климатските промени, одржливиот развој и правото на заштита на животната средина. Така, во 1994 година влезе во сила Рамковната конвенција за климатски промени од 1992 година; во однос на финансирање на развојот до 2002 година е усвоен Консензусот од Монтереј (*Monterrey Consensus*) на Меѓународната конференција за финансирање на развојот на ОН, одржана во Монтереј, Мексико; на Светскиот самит за одржлив развој одржан во 2002 година во Јоханесбург, Јужна Африка се усвоени Политичка декларација и План за имплементација, со кои се потврдува заедничката заложба за примена на принципите од Декларацијата од Рио и целосна примена на Агенда 21; во 2005 година стапи во сила *Протоколот од Киото*, со кој се проширува *Рамковната конвенција за климатски промене*

ни, усвоен во Кјото, Јапонија, во 1997 година, натаму проширен (во однос на емисија на стакленички гасови), со Амандманот од Доха, усвоен во 2012 година; Архуската конвенција за пристап до информации, учество на јавноста во одлучувањето и пристап до правда во врска со прашања поврзани со животната средина, усвоена на Четвртата министерска конференција „Животна средина за Европа“, одржана во Архус, Данска, под покровителство на ОН во 1998 година, стапи во сила во 2001 година (ратификувана од повеќето европски држави и ЕУ); во 2015 година, на Глобалниот самит за климатските промени на ОН е усвоен *Парискиот договор*, којшто има цел да ги обедини државите во борбата против климатските промени преку приспособување зелени извори на енергија, намалување на стакленичките гасови и намалување на глобалното затоплување (стапи во сила во 2016 година); исто така, меѓу значајните активности на Советот на Европа на ова поле особено значајно е усвојувањето на *Конвенцијата за заштита на животната средина преку кривичното право* од 1998 година, која предвидува обврска за државите потписнички во своите казни законодавства да ги инкриминираат различните дела на оштетување на квалитетот на воздухот, почвата, водата, животните или растенијата. Повеќе други меѓународни конвенции (за заштита на биолошката разновидност, за борба против опустинувањето итн.), донесени, главно, во рамките на ОН во последниве две декади, формираат комплементарен „сет“ од меѓународно обврзувачки норми, препораки и стандарди кои имаат стожерно значење за формирањето на националните системи на еколошка правда (в. *Лилић, Дреновак-Ивановић*, (2009): 44).

Развојот на меѓународни норми и стандарди во еколошката сфера ги следи истите закономерности според кои се развива универзалниот концепт на човековите природни слободи и права и нивната заштита, низ постојано проширување, покрај првата и втората (лични, граѓански и политички права), на сега трета генерација (социјални, економски, културни), со веќе видлива тенденција за појава на четвртата генерација (правата на дигиталната ера). Екоцентризмот како изгледност за хуман развој на човештвото помирено со природата и за обезбедување на животот на идните генерации доби јасен облик низ концептот на „одржлив развој“, чијашто рамка вклучува не само економска, политичка и правна, туку и културна димензија. Секој човек има право на одржлив развој, кое му гарантира остварување на другите негови права, зависни од степенот на благосостојбата на општеството во кое живее.

Следен резултат е прифаќањето на концептот на *интергенерационална правда*, со јасната дикција на меѓународните документи кои во кругот на субјектите на еколошките права ги внесуваат „идните генерации“, имплицирајќи создавање правни гаранции и независен и објективен институционален механизам, кој ќе има моќ да ги кочи утилитаристичките и, по правило, крајно прагматични концепти на владејачките олигархии. Покрај другите институции, кои треба да доживеат преобразба (*омбудсман*, независни агенции за заштита на животната средина итн.), еден од најзначајните механизми претставува судството, во неговата нова улога на главен протагонист на еколошката правда.

Таквата улога на судот е консеквенција на веќе јасно обликуваната содржина на човековото право на здрава животна средина, кое има материјална и процедурална димензија. Првата е сочинета од јасните забрани што државата

мора да ги почитува (заштита на биодиверзитетот, емисии на штетни материи итн.) и од нејзини обврски во однос на заштитата на тоа право со преземање превенивни мерки, уредување на одговорноста за еколошка штета, инкримнирање на еколошкиот криминал, правото на судска заштита на еколошките права итн. Втората, процедурална димензија на тоа право, исто така, јасно е прецизирана како право на поединецот (или на неговите асоцијации) да биде информиран за политиките и одлуките во еколошката сфера и да учествува активно во процесот на одлучување, како и должност на државата нив да ги гарантира.

3.3. По клучниот пресврт во односот на современото општество кон животната средина направен со *Сјоохолмската декларација* (принципот 1), меѓународното право игра, несомнено, витална улога во воспоставувањето норми и стандарди за еколошката правда, но во реалноста најголемиот дел од активностите за заштита и остварување на споменатите права се случуваат на национално ниво, на кое прв контакт со нив воспоставува уставот на државата.

Први уставни кои го гарантираат правото на здрава животна средина се уставите на Португалија (1976 година) и на Шпанија (1978 година). Почнувајќи од 2013 година, 182 од 193 земји членки на ОН го признаваат ова право, или преку нивниот устав, законодавството за животна средина, судски одлуки или преку ратификација на меѓународни договори, што е повод експертите за уставно право да забележат дека признавањето на еколошките права во последните педесет години порасна побрзо од кое било друго човеково право. Еколошкиот конституционализам е релативно неодамнешен феномен на спојот меѓу уставното право, меѓународното право, правото за човековите права и еколошкото право. Тој го отелотворува признавањето дека животната средина е соодветен предмет за заштита во современите уставни и за оправдување на јакнењето на улогата на уставните судови во светот во заштитата на животната средина и правото на здрава животна средина (в. *May, Daly*, (2019): 7). Повеќето земји ги уредуваат прашањата за животната средина со тоа што во нивните уставни експлицитно или имплицитно признаваат некакво основно право за квалитетна животна средина, додека други предвидуваат и специфични права во врска со водата, одржливоста, природата, довербата на јавноста и климатските промени. Околу две третини од важечките уставни на некој начин се однесуваат на природните ресурси, вклучувајќи вода (63), земја (62), фауна (59), минерали и рударство (45), флора (42), биодиверзитет или екосистем (35), почва/потпочва (34), воздух (28), природа (27) (в. *исјо*, 19).

Од аспект на моделите на конституционализација на правата на животната средина, се разикуваат четири категории држави (в. *Carine*, (2013): 3): ретки држави во кои правата на животната средина не се изречно предвидени во уставите и не се признаваат од судовите; држави во кои правото на животната средина е вградено во уставот како општ принцип на јавната политика, така што обично не се третира како субјективно право, но посредно влијае врз легислативната и судската практика; држави во кои правото на животната средина вклучува и процедурални права (пристап до информации, право на учество во одлучувањето итн.), или обврски на државата за негова заштита; и држави во кои правото на животна средина се третира како основно индивидуално право, изречно или посредно: повеќето уставни содржат експлицитни одредби за него-

во признавање, на кое секој поединец може да се повика, додека во други тоа е признато како основно право од уставниот суд кој го изведува него од другите основни права (како правото на живот), прокламирани со уставот.

Еколошкиот конституционализам денес е сеприсутен постулат што ги поттикнува и унапредува потребите и правците на уставни реформи (в. *Morand-Deviler*, (2014): 83). По тој пат оди и развојот на европската уставност. Веќе го споменавме германскиот Устав (член 20а – заштита на природните основи на животот и животните, „свесни и за својата одговорност кон идните генерации“). Неговиот пример го следат и други европски уставни. Полскиот Устав од 1997 година е еден од првите уставни во Европа кој го прокламира и принципот на одржлив развој како цел на државата (член 5). Неговото објаснување поттикнува во полската правна мисла расправи околу прашањето дали тој треба тесно да се толкува и да се ограничи на заштитата на природната средина или да опфати поширок контекст, вклучувајќи ги економските и социјалните аспекти (в. *Brejdak* (2019): 21).

На таа линија е и тековната реформа на италијанскиот Устав, во чиешто рамки Комисијата за уставни прашања на Италија во 2021 година предложи интегрирање на заштитата на животната средина и животните во Уставот. Измените се однесуваат на уставните одредби во член 9 и член 41: во член 9, кој е меѓу основните принципи, се додава нов став, според кој Републиката „ја штити животната средина, биодиверзитетот и екосистемите, во интерес и на идните генерации; со законите се уредуваат начините и формите на заштита на животните“. Во однос на член 41, кој пропишува дека економската иницијатива „не може да се спроведува во спротивност со општествената корист или на начин да се наруши безбедноста, слободата и човечкото достоинство“, се додава „и здравјето и животната средина“.

Врз промовирањето на еколошкиот конституционализам во неговото екстензивно значење во државите членки на ЕУ силно влијание имаат *Реформскиот Лисабонски договор* од 2009, *Повелбата за основните права на ЕУ* и практиката на *Судот на правдата на ЕУ*. Лисабонскиот договор (Договорот за ЕУ – ДЕУ и Договорот за функционирање на ЕУ – ДФЕУ) како цели на Унијата ги прогласува, меѓу другите, и: одржливиот развој на Европа заснован на рамномерен економски раст и стабилност на цените, висококонкурентна социјална пазарна економија, чија цел е целосно вработување и социјален напредок, и високо ниво на заштита и подобрување на квалитетот на животната средина (ДЕУ, член 3 став 3); во односите со поширокиот свет Унијата ќе придонесува за одржливиот развој на Земјата (ДЕУ, член 3 став 5). Лисабонскиот договор прави промени со воведување на поимот одржлив развој на Европа, и одржлив развој на Земјата, за врз таквата поделба, во рамките на компетенциите на ЕУ во релација со државите членки да му даде на тој поим различна содржина. Во однос на терминот одржлив развој на Европа, ДЕУ поаѓа од холистички пристап во неговото поимање како социоекономска и еколошка рамнотежа што мора да се постигне за да се обезбеди подобра иднина за следните генерации; за да се постигне оваа цел, неопходно е да се „усогласат“ трите димензии на одржливост: економска, социјална и еколошка. За разлика од таквиот широк пристап, поимот „одржлив развој на Земјата“ употребен во делот на екстерните активности на Унијата има само потесно значење, затоа што ЕУ не може

да одлучува за економските и социјалните компоненти на развојот надвор од нејзините држави членки (в. и *Kenig-Witkowska*, (2017): 64).

Повелбата за основните права на ЕУ, која со Лисабонскиот договор стана примарен и обврзувачки извор на правото на ЕУ и со тоа е дел од некодифицираниот Устав на ЕУ (заедно со основачките договори), го внесува терминот „одржлив развој“ во својата Преамбула, додека во делот за основните права (во поглавјето „Солидарност“), го статуира правото на заштита на средината (член 37), определувајќи дека во политиките на Унијата мора да се интегрира високо ниво на заштита и подобрување на квалитетот на животната средина во согласност со принципот на одржлив развој.

Судот на правдата на ЕУ (СПЕУ, порано Европски суд на правдата – ЕСП), има позиција на уставен суд на Унијата. Благодарениена неговиот „активизам“ изразен низ пресуди во споровите од негова надлежност и, особено, низ прелиминарните толкувања на правото на ЕУ, обврзувачки за судовите на државите членки, тој игра клучна улога во процесот на трансформација на Унијата од економска во политичка заедница и единствен простор на „слобода, безбедност и правда“. Неговите бројни одлуки во еколошката сфера имаат карактер на судски преседани кои влијаат и врз практиката на судовите на државите членки. Судот има донесено стотици одлуки во постапките на оценување на согласноста на легислативата на ЕУ со основачките договори (Уставот на Унијата), промовирајќи го начелото на балансирање помеѓу честопати конфликтните барања за пазарната интеграција со заштитата на животната средина на национално рамниште и на рамниште на Унијата. Така, во 1985 година, Судот ја донесе својата прва пресуда во случајот *ADBHU*, која се однесува на директива за ограничување на слободата на конкуренцијата утврдена со Римскиот договор, во која тој зазема стојалиште дека начелата за слободно движење на стоки и слободата на конкуренција, заедно со слободата на трговијата како основно право, не треба „да се гледаат во апсолутна смисла, туку се предмет на одредени граници оправдани со целите од општ интерес што ги следи Заедницата, под услов правата за кои станува збор да не се суштински оштетени“. Притоа, заштитата на животната средина е опишана од страна на Судот како „една од суштинските цели на Заедницата“. Таквото негово стојалиште за балансирање на слободите и правата (на претприемништво итн.) и заштитата на средината е повторено во повеќе други случаи (*Jacobs*, (2006):187; *de Vries*, (2013): 169).

3.4. Конституционализацијата на еколошката правда – правото на заштита на животната средина, заштитата на природата, принципот на одржлив развој, интергенерациската основа на овие права значително го зголеми интересот на правната мисла, на законодавците и на јавноста, сосредоточувајќи се на уставни реформи и на улогата на уставното и редовното судство како главни механизми за заштита на правата на животна средина, коишто се делат најпрвин на супстанцијални (материјални) и процесни, и пропишувањето уставни гаранции за нив дозволува различни пристапи кон одредување на нивната содржина (в. *Daly*, (2012): 71). Повеќето учења за еколошкиот конституционализам се фокусираат на уставните одредби кои ги штитат основните суштински или процедурални права на граѓаните за квалитетна средина, што може да се нарече „фундаментален еколошки конституционализам“. Покрај овој вид, за начелото на владеење на правото еднаква или можеби уште поголема важност има

таканаречениот „структурен еколошки конституционализам“, кој се однесува на распределбата на регулаторните овластувања за животната средина меѓу нивоата на власт во поделбата на власта (в *Kotzé, (s.a.): 5*).

Супстанцијалните права, кои се самоизвршливи и овозможуваат најприменливи средства за заштита, имплицираат определување на некаков квалитет на средината, како што е „здрава“ (македонскиот Устав), „чиста“, „хармонична“ или „одржлива“ (терминологија користена во други уставни), што е предмет на натамошна дебата и прецизирање. Во уставите кои не предвидуваат експлицитна заштита на такво право, правото на здрава животна средина се изведува од други неколкошки права, како што е правото на живот. Некои уставни го поврзуваат ова право со правата на достоинство (белгискиот устав), или го опфаќаат со сродните права, како правото на здрав живот (хрватскиот устав) (в. *May, Daly, (2017): 81*).

Прокламирањето на процедурални еколошки права се карактеризира со уште повисок степен на флексибилност на уставните дефиниции. Начелно, тие треба да ги гарантираат механизмите за остварување и заштита на супстанцијалните права на здрава животна средина и опфаќаат: права на информирање на граѓаните за состојбите во животната средина, јавните политики, законите и активностите на јавните институции и правните лица што се поврзани со еколошката сфера; права на учество, посредно или непосредно, во јавните политики и одлучувањето во оваа сфера; и право на пристап пред судовите за заштита на супстанцијалните и процедуралните права (ибид., 83). За разлика од гаранциите за супстанцијалните права, прифатени во повеќето уставни, триесетина земји во последните триесет години имаат предвидено во своите уставни процедурални права кои се посматраат „како надополнување, а не како замена за суштинските еколошки права“ (*Boyd, (2012), 66*). Но, остануваат забележливи разлики во прифаќањето на сите елементи на „тријадата“ – информирање, партиципација, пристап до правдата. Дури ни францускиот Устав, кој ја инкорпорира Повелбата за животната средина од 2004 година, не гарантира изречно право на пристап до правдата за заштита на еколошките права.

4. Улогата на уставното судство во заштитата на еколошките права

4.1. Во компаративното уставно право се прифатени различни модели на уставноправната заштита на еколошките права. Во одделни земји таа се остварува пред уставниот суд, додека во други – пред највисоките судови на државата, кои вршат и функција на уставен суд. Исто така, постојат разлики во однос на заштитата на еколошките права изречно прокламирани со уставот на државата, и заштита на правото на здрава животна средина изведено од други уставно гарантирани права (правата на живот, на здравје итн.). Различно е уреден и обемот, како и природата на надлежностите на уставното судство во заштитата на овие права, според моделите на правните системи во кои тоа ги остварува своите функции (в. *Chakim, (2019):96*). Такви се: американскиот модел, според кој функцијата на уставна контрола ја вршат редовните судови, согласно со редовната судска постапка и правилата за функционална надлежност – овој модел е прифатен во Канада и во одделни африкански држави, како и во оддел-

ни европски држави – Данска, Ирска, Норвешка, Шведска, Естонија; британски модел, според кој уставноправната заштита и контролата на законитоста ја остварува највисокиот редовен суд на земјата; континентален модел, според кој уставноправната контрола на законите и уставноправната заштита се остварува пред посебни уставни судови (таков е и македонскиот модел на уставна контрола, како и уставните системи на земјите во регионот, Германија, Италија итн.). Реткост претставува францускиот модел, во кој слична позиција на уставните судови во континенталниот (австриски) модел има Уставниот совет на Франција, чија положба е дефинирана низ воздржан пристап кој настојува да остане на позицијата на стриктна поделба на власта и на почитување на интегритетот на парламентот, така што не е хиерархиски надреден над Државниот совет и Касациониот суд, но има надлежност да врши проверка на уставноста на законите пред нивното усвојување.

Во основа, од аспект на заштитата на основните уставни вредности и човековите права, надлежноста на уставните судови е поделена на: нормативна, апстрактна надлежност на оценување на уставноста на законите и подзаконските прописи (во некои системи, и на меѓународните договори што ги потпишува државата); и надлежност за утврдување на повреда на индивидуални слободи и права гарантирани со уставот (покрај тоа судот може да има и други надлежности: да решава за судир на надлежност меѓу државните органи, за одговорност на највисоките државни функционери, за регуларноста на изборите итн.). Ако заштитата на еколошките права не е изречно (со уставот) ставена во надлежност на уставниот суд (како што е случајот и со македонскиот Устав), се доведува во прашање самиот базичен постулат на еколошкиот конституционализам.

Оттука, на принципиелно исправна позиција се уставите на државите што предвидуваат надлежност на уставниот суд да постапува во случаите на повреда на кое било основно право загарантирано со уставот. Во САД и во Велика Британија, уставната тужба има основа во долгата традиција на англосаксонскиот правен систем, во кој централно значење имаат основните права (*habeas corpus*) и судската независност, како и институтот на судска ревизија (*judicial review*) предвидена со американскиот Устав од 1787 година, што може да се иницира од поединци и против акти на извршната власт и Конгресот (в. Lovet (1969): 1242). Во повеќе европски држави е прифатен моделот на германскиот Устав, кој изречно предвидува (член 93 став 4а) дека секое физичко или правно лице може да поднесе пред Сојузниот уставен суд уставна жалба за повреда на основните права предвидени со Уставот од страна на јавните власти. Такво решение познава и Уставот на Австрија, кој ја ограничува можноста за поднесување уставна жалба против судски пресуди. Институтот на уставна жалба (тужба) е прифатен и во уставите од нашиот регион (хрватскиот, српскиот итн.). Карактеристично за европскиот модел на уставна жалба е тоа дека таа е предвидена како *ultima ratio* средство за заштита на правата, по исцрпувањето на другите правни инструменти за заштита пред судовите.

Во лагиноамериканските држави е општоприфатена тужбата „ампаро“ (*recurso de amparo* или *juicio de amparo*), што се појави како резултат на вкрстени влијанија на англосаксонското прецедентно право и либераторните континентални влијанија најпрвин во Мексико во 1824 година. Денес по ваква

тужба која се поднесува врз различни основи (неуставност на законот, повреда на правата итн.) постапува Врховниот суд на Мексико, високите федерални судови и, по исклучок, државните судови (в. *Zamudio*, (1979): 31). Со одредени модификации, тужбата „ампаро“ е прифатена во уставните системи на сите латиноамерикански држави. Според актуелниот шпански Устав од 1978 година (член 53), таква тужба може да поднесе секое физичко или правно лице, домашно или странско, како и јавниот обвинител и омбудсманот, до Уставниот суд. Интересен е податокот дека во подготовката на Универзалната декларација за човековите права од 1948 година Мексико изврши силно влијание во неа да биде вклучена одредбата од член 8: „Секој има право на ефективен правен лек пред надлежните национални трибунали за дејствија со кои се прекршуваат основните права што му се дадени со устав или со закон“ (оваа одредба е внесена и во Меѓународниот пакт за граѓанските и политичките права).

Прегледот на уставите кои содржат генерална клаузула (тужба за „повреда на основните права“), или одредување на заштитените утуживи права според *numerus clausus* (личните и граѓанските права, како правото на живот, приватност итн.), понекогаш редуциран само на неколку права (како во македонскиот Устав – пописот на права од член 110), го засновува заклучокот дека концептот на уставноправна заштита на еколошките права е далеку од заокружен, како што не е заокружен и самиот концепт на супстанцијални и процедурални права. Сè уште се ретки уставите што предвидуваат спој помеѓу прокламираните права и нивната заштита пред уставниот суд. Таков е Уставот на Аргентина, кој со промените во 1994 година ја вовеле третата генерација права во правниот систем (член 41), придружувајќи ја со „ампаро“ тужба за нивна заштита. Практиката на нејзината примена во случаи на конфликт помеѓу интересите на граѓаните за зачувување на животната средина и преземањето градежни зафати на крајбрежјето покажува позитивен однос на судовите низ одлучување во корист на животната средина (в. *Mantecon*, (2019): 939).

Очигледната воздржаност во однос на проширување на заштитата на еколошките права (супстанцијални, процесни, правото на одржлив развој, природата) пред уставните судови се должи во прв ред на неконзистентноста на уставните норми и принципи со кои треба да се обликува кохерентен систем на еколошка правда. Но, таа е, исто така, показ за воздржаноста во признавањето на правото на здрава животна средина како основно човеково право и, заедно со други права од „третата генерација“, во поставувањето јасни уставни гаранции за нивната заштита. На таков заклучок упатува искуството на водечките европски земји, кои со помош на институтот уставна жалба ги обезбедуваат само таканаречените „негативни“ права (граѓанските и политичките права од „првата генерација“, од кои се исклучени, сепак, одредени политички права), кои имаат уставно дејство, додека за групата „позитивни“ човекови права (од втората генерација – економски, социјални итн., како и од третата генерација – право на здрава животна средина, право на мир, право на одржлив развој итн.), кои имаат програмски карактер (или „социјални цели“), не се обезбедени уставни правни средства за нивна заштита (в. *Hultai*, (2018): 9). Во капиталистичкото општество таквите права се прокламираат, но не мораат да бидат заштитени во судска постапка. Во оваа смисла, на пример, Уставниот суд на Австрија не признава дека социјалните и економските права на граѓаните имаат статус

на основни права чија заштита се обезбедува на суд, туку треба да се остварува низ законодавството во економијата, социјалата итн.

Следниот главен проблем на признавањето на правото на здрава животна средина како (утуживо) право за кое може да се бара заштита пред уставен суд е одредувањето на кругот на субјекти на правото на уставна тужба. Во повеќето уставни кои познаваат уставна тужба (жалба), субјект на тоа право е лице чиешто право е повредено. Тој круг не ги опфаќа правните лица на јавното право ни граѓанските асоцијации, вклучително различните еколошки здруженија. Правото на здрава животна средина се посматра како индивидуално, субјективно право, така што повод за уставна тужба може да биде само конкретна повреда на субјективно право. Исклучок е латиноамериканскиот модел на тужбата „ампаро“, која се појавува и како *actio popularis*, поддржана и од посебни институции од типот на еколошки омбудсман (Еквадор). Така, Врховниот суд на Мексико го призна правото на животна средина како автономно право, и во неговата индивидуална и во колективната димензија, што овозможува ефикасна заштита на екосистемите и по тужби поднесени од поединци или групи граѓани. кои можат да покажат легитимен интерес, без разлика дали тој интерес е индивидуален, колективен или дифузен. Во 2019 година, Врховниот суд на правдата, повикувајќи се на принципот на достоинство на човечката личност, донесе историска пресуда со која ги признава и животните како субјекти на права (*Gamboa*, (2020): 34).

4.2. Уставот на Република Северна Македонија го уредува комплексот на природата и животната средина низ двојна диоптрија, како темелна уставна вредност и како основно човеково право на здрава животна средина. Уредувањето и хуманизацијата на просторот и заштитата и унапредувањето на животната средина и на природата се прогласени за една од темелните вредности на уставниот поредок на Републиката (Устав, член 8 алинеја 10). Исто така, Уставот го гарантира правото на здрава животна средина во поглавјето (2) за економските, социјалните и културните права (член 43). Во комплексот на еколошките права спаѓа и уставната одредба во која се гарантира слободата на пазарот и претприемаштвото (член 55 став 3), според која тие слободи може да се ограничат со закон, меѓу другото, и заради „зачувувањето на природата, животната средина или здравјето на луѓето“.

Систематизирањето на заштитата и унапредувањето на животната средина и на природата меѓу темелните вредности на уставниот поредок на Републиката (Устав, член 8) е рефлексивна на пробивот на екоцентристичката концепција во македонскиот правен систем, која имплицира нивно посматрање како преддадени вредности по себе, што имаат апсолутен карактер и не може да се мерат со други вредности. Со таквата формулација, оваа основна вредност е дефинирана истовремено и како цел на Уставот, односно на правниот систем што треба да ги уредува односите во областа на животната средина и природата поаѓајќи од постулатот на нивно заштитување и унапредување.

Ваквото толкување на оваа уставна одредба му остава на Уставниот суд широк простор при остварувањето на неговата функција на апостериорна контрола на уставноста и законитоста на нормативните акти да оценува дали кој било акт што е предмет на оценување ги уважува постулатите на заштита и унапредување на овие вредности. Во тој простор влегуваат и случаите во кои,

согласно со член 55 став 3 од Уставот со закон се ограничува слободата на пазарот и претприемаштвото заради зачувување на животната средина. Оваа уставна одредба може да претставува основа и за оценување дали законите во областа на пазарот и претприемаштвото треба да предвидат такви ограничувања.

Уставот го предвидува правото на здрава животна средина како индивидуално право во поглавјето за економските, социјалните и културните права (член 43). Систематизирањето на оваа антропоцентрична одредба меѓу „позитивните“ права (какво што е, на пример, и правото на работа) претставува, всушност, релативизација на неприкосновените права на живот (член 10) и на физички и морален интегритет (член 11). Природна еманација на овие основни права е правото на здравје, според тоа и право на животни услови што го гарантираат правото на здравје, кое исто така е систематизирано меѓу релативните права (член 39). На конекситет на правото на живот и здравје со правото на здрава животна средина се повикува уставното судство во државите во чиешто устава не е експлицитно предвидено правото на здрава животна средина како субјективно право. Таков е ставот и на Европскиот суд за човековите права, при непостоење на таква изречна одредба во Европската конвенција за човековите права. Според тоа, начелно стојалиште од кое треба да се појде при толкувањето на уставните одредби од член 39 и член 43 е тоа дека правото на здравје и на здрава животна средина не може да се изедначува со другите релативни права содржани во ова поглавје на Уставот (должноста за плаќање данок, правото на работа, правото на штрајк итн.), зашто тоа не соодветствува со хиерархијата на вредности, поставена и во одредбата за темелните вредности (член 8 – основните слободи и права).

Изразито рестриктивната антропоцентрична формулација на субјективното право на здрава животна средина (член 43 став 1) има натамошни консеквенции кои го отежнуваат остварувањето на еколошката правда, односно на унапредувањето и заштитата на животната средина и природата како темелна вредност и цел на Уставот. Таа е рестриктивна, од аспект на најновиот развој на еколошкото право на меѓународен и компаративен план, затоа што го предвидува само супстанцијалното субјективно право на здрава животна средина, но не и процедуралните права на информираност, учество и пристап до правдата заради ефикасно остварување и заштита на супстанцијалното право. Неодложната уставна реформа ќе мора да го премости јазот што е создаден со неимплементација посебно на Архуската конвенција за правото на информираност на граѓаните и учество во одлучувањето во еколошката сфера (ратификувана од Собранието во 1999 година), како и Принципот 10 на ОН за правото на судска заштита на правата. Македонскиот Устав го гарантира слободниот пристап кон информациите, слободата на примање и пренесување информации (член 16 став 3), што се однесува, главно, на пристапот на граѓанинот кон медиумскиот простор. Но, информираноста за активностите на државата и одделните субјекти во еколошката сфера е во функција на основното право на граѓаните за учество во одлучувањето. Притоа, правото на информирање е спуштено на законодавно равниште и, во одредена мера, обезбедено со Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, како и законите за заштита на животната средина и на природата, кои го уредуваат пристапот кон информации од овие области. Анализата на законската регулатива го потврдува сознанието

дека низ тие закони е востановен рестриктивен систем на информирање („за-сегната јавност“, начини на информирање, рокови за давање одговори, административни постапки на жалби итн.), кои го сведуваат правото на информирање на формално прокламирано право.

Најслаба страна на уставната, и врз нејзина основа легислативната рамка на правото на здрава животна средина е непостоенето ефективен систем на негова судска заштита. Уставот го гарантира правото на судска заштита на правата (член 50 став 1): секој граѓанин може да се повика на заштита на слободите и правата утврдени со Уставот пред судовите и пред Уставниот суд на РСМ во постапка заснована врз начелата на приоритет и итност. Притоа, оваа одредба не прави никакво разликување помеѓу основните, апсолутни и релативни, „негативни“ права, и „позитивни“ права (од третата генерација), меѓу кои влегува и субјективното право на здрава животна заштита. Исто така, оваа одредба не познава никакви рестрикции во однос на заштитата на правото на здрава животна средина пред Уставниот суд. Но, затоа, Уставот (член 110 алинеја 3) ја ограничува неговата надлежност на заштита само на одделни права (слободата на уверувањето, совеста, мислата и јавното изразување итн.), исклучувајќи го, покрај другите основни права, и правото на здрава животна средина. Со тоа од опфатот на уставноправната заштита е посредно исклучена заштитата на животната средина и природата како една од темелните уставни вредности, како и основните права (член 8 алинеја 1), од кои имплицитно правото на живот и на телесен интегритет може да бидат сериозно повредени со загрозување на правото на здрава животна средина. Ваквата неконзистентност на постојниот уставен концепт на заштита на животната средина и природата и на субјективното право на здрава животна средина мора да биде надмината со поставување нова уставна рамка за правото на поднесување уставна тужба и за тие права. Уште повеќе и затоа што според функционалните анализи на остварувањето на уставноправната заштита на правата, ограничена само на неколку од нив (член 110 алинеја 3 од Уставот) презентираат незадоволителни податоци. Така, дури во 2010 година Судот ја донел првата одлука со која утврдил повреда на слободите и правата (полни 19 години од осамостојувањето на Републиката), а во периодот од 1 јануари 2010 година до 31 декември 2019 година решавал по 121 барање за заштита на правата, од кои уважил само три (едно во 2010, второ во 2018 и трето во 2019 година). Во останатите 118 предмети, барањата се или одбиени како неосновани или, пак, отфрлени по разни основи (*Рисџески*, (2020): 37).

Оттука, без уставна реформа Уставниот суд тешко би можел да ја зајакне својата улога на заштитник на еколошката правда и на човековите права во еколошката сфера. Неговото изведување од сенката на заробената држава претставува првостепена реформска цел, поврзана со доследното остварување на начелата на поделба на власта и владеењето на правото. Со оглед на тоа дека статусот и функционирањето на Уставниот суд се уредени со самиот Устав, неговата реформа треба да се изведе со промени на Уставот и со донесување на посебен закон за Уставниот суд. Проширувањето на надлежноста на Уставниот суд во заштитата на основните човекови права со воведување на институтот на уставна тужба ќе имплицира преиспитување на односот помеѓу Уставниот суд и редовното судство, особено со Врховниот суд. Тоа е наложено и со по-

стоечката состојба на нефункционирање на уставните решенија за конкретна контрола на уставноста и законитоста иницирана од редовните судови и за уставна жалба за евентуално прекршување на основните слободи и права. Имено, до Уставниот суд од 1991 година не е пристигната ниту една иницијатива со прелиминарно прашање за уставност на правен акт поднесена од страна на редовен суд. Реформата на Уставниот суд, особено со воведување уставна тужба за заштита на животната средина, ќе претставува значаен придонес кон надминување на состојбите во судството воопшто, во кое тешко се пробива постулатот на еколошкиот конституционализам и на директната примена на уставните начела и норми.

5. Судска заштита на животната средина и на правото на здрава животна средина

5.1. При непостоење конзистентен концепт на еколошка правда во македонскиот Устав, законското уредување на правото на пристап пред правдата заради заштита на животната средина и правото на здрава животна средина е збирштина од законски решенија, кои создаваат правна несигурност и блокади во остварувањето и на субјективното право на здрава животна средина. Во таа смисла, непрецизното уредување на прашањата за субјектите на тоа право – поединец или група граѓани и граѓански организации, постоење на „еколошка штета“, односно штетна последица како услов за поднесување правно средство за заштита, судска надлежност – управно судство или редовно судство, предметот на судски спор – акт, пропис, или дејствие на државен орган или јавна институција, природа и дејство на судската одлука – привремена мерка, судска пресуда со која се наредува на орган на управа да преземе определено дејствие итн. е главната причина за непостоење ефективна судска заштита на правото на здрава животна средина во македонскиот правен систем.

Надминувањето на таквата состојба што ги тангира есенцијалните права на граѓаните на живот и здравје, како и заштитата на природата како интергенерациона вредност, налага усогласување на домашното законодавство и судската практика со Рамковните принципи за човековите права и животната средина на ОН од 2018 година, според кои во националните правни системи треба да се признае правото на граѓаните на пристап до правдата и поднесување ефикасни правни средства пред управните и судските органи за заштита на правото на здрава животна средина (Принципот 10, в. *Knox*, 2018: 14, *Schall*, (2008), 417). Принципот на заштита на животната средина со судска контрола на управни акти (*judicial review of administrative acts*) е истакнат и во *Препораката Р (2004) 20 на Комисијата на министри* на Советот на Европа до земјите членки. Препораката ја дефинира судската ревизија како испитување и утврдување на законитоста на управните акти и донесување соодветни мерки од страна на судот, при што и индивидуалните и општите правни акти на органите на управата, како и дејствијата што ги презема или не ги презема администрацијата во извршувањето на своите овластувања се сметаат за административни акти, што може да влијае на интересите на физички и правни лица. Од друга страна, судската контрола на законитоста на управните акти, според Препораката, се

однесува и на ситуации кога управниот орган, спротивно на законската обврска, одбива или не презема соодветни дејствија.

Уредувањето на управно-судската заштита на еколошките права во македонскиот правен систем (Законот за управите спорови) не е усогласено со овие постулати, така што во практиката на Управниот суд не е прифатена ни една тужба за поведвање управен спор во случаите на поединени или општи акти, како и дејствија или пропуштања на надлежните управни органи за кои граѓаните (како поединци или групи граѓани) имаат аргументирана основа за тврдењето дека со таквите акти или дејствија се загрозува нивното право на здрава животна средина. Според новиот Закон за управни спорови од 2019 година (член 2), во управен спор се обезбедува судска заштита на правата и правните интереси на физичките и правните лица против поединечни управни акти и дејствија на јавните органи во согласност со овој закон. Ставајќи во надлежност на управните судови да решаваат и за „молчење на администрацијата“, коешто, всушност, е типично дејствие на пропуштање, овој закон повлекува знак на равенство меѓу акт и дејствие, така што под донесувањето на конкретен писмен акт треба да се подразбере *species* на општиот поим на дејствие. Во своите дефиниции, Законот (член 4) ги раздвојува овие два поима, предвидувајќи дефиниција за изразот „управен акт“ (точка 6) како „поединечен акт“ (писмен акт – решение, наредба итн.), и „управно дејствие“ (точка 7), со користење општа дефиниција – донесување управни акти, склучување управни договори, заштита на корисниците на јавни услуги и услуги од општ интерес, како и преземање други управни дејствија во управните работи согласно со закон, што подразбира не само активни (сторување), туку и пасивни (пропуштање) дејствија. Пропуштањето, според неговата општа правна дефиниција, подразбира непреземање (пропуштање) на правно засновано должно дејствие што надлежен државен орган или јавна институција, односно службено лице или одговорно лице во нив било должно да го преземе согласно со закон или друг пропис заснован врз закон. Но, наспроти овие минимални доразјаснувања, кои оставаат простор Управниот суд да прифати тужби поради непреземање дејствија или донесување општи и поединечни акти на управни органи со кои се загрозува правото на здрава животна средина, поднесените еколошки тужби се одбиваат (најчесто) поради неприфаќање на активна легитимација на тужителот поради неподнесувањето доказ дека постои конкретно загрозување или повреда на неговото индивидуално право. Исто така, пристапот до правдата и правото на судска заштита се блокирани со голем број закони кои го регулираат процесот на донесување административни одлуки. Законите дозволуваат поведување управен спор пред Управниот суд по претходна управна постапка по жалба, во случај на повреда на правата на информирање и учество на граѓаните во одлучувањето. Ваквата одлука навидум обезбедува примена на Архуската конвенција во однос на пристапот до правдата (јавноста има право на судска или управна постапка за ревизија на актите на државните органи). Но, всушност, овие права остануваат без ефикасна заштита, затоа што Управниот суд не е суд во вистинска смисла, бидејќи по правило не одлучува во контрадикторна и транспарентна постапка и не донесува мериторни одлуки, така што не може да го положи тестот за ЕСЧП за „независен и непристрасен суд“ и „правична и контрадикторна постапка“ (член 6 од ЕКЧП). Како институционално покри-

тие за злоупотребите на власта во еколошката сфера (и не само во неа), македонското неефикасно и пристрасно управно судство треба без одлагање да се укине или од корен да се реформира согласно со европските стандарди за независно и непристрасно судство.

Не е уредена на соодветно рамниште со постулатите на концептот на еколошката правда ни судската заштита пред редовните судови, кои ги отфрлаат тужбите од граѓани или еколошки здруженија поради непостоење конкретна штета или штетно дејствие и конкретен и индивидуализиран оштетен како тужител. Во македонскиот правен систем е прифатен само еден правен инструмент од типот на *actio popularis*, предвиден со Законот за облигациони односи (член 143 став 1 – барање да се отстрани опасноста од штета), според кој: „секој може да бара од друг да го отстрани изворот на опасност од кој му се заканува позначителна штета нему или на неопределен број лица, како и да се воздржи од дејност од која произлегува вознемирување или опасност од штета, ако настанувањето на вознемирувањето или на штетата не може да се спречи со соодветни мерки“. Но, во судската практика оваа одредба не доживеа никаква примена во однос на акти или дејствија на државни органи или јавни институции со кои се загрозува животната средина.

Неоправдано е игнорирана и општата основа за прифаќање еколошки тужби за заштита на правото на здрава животна средина од поединци или групи граѓани од страна на редовните судови, предвидена во Законот за судовите (член 8), според која за судот не може да постојат правни празнини: судот се повикува на судска ненадлежност само кога со закон изречно е предвидена надлежност за решавање на конкретно барање на друг државен орган; судот не може да отфрли барање за остварување на определено право со образложение дека постои правна празнина и должен е да одлучува по него, со повикување на општите начела на правото, освен кога тоа изречно е забрането со закон. Изречната забрана со закон може да се однесува само на примена на правото спротивно на интересите, слободите и правата на поединецот (забрана на ретроактивно дејство итн.), но тоа во никој случај не може да се однесува на примена на правото во случаи на постапување или непостапување на државни органи што е спротивно на уставно загарантирани права.

5.2. Трендот на промовирање на концептот на еколошка правда и признавањето на правото на граѓаните на пристап до правдата и поднесувањето ефективни правни лекови до управните и судските органи за заштита на правото на здрава животна средина во националните правни системи е поттикнат со поновата практика на Европскиот суд за човекови права. Европската конвенција за човекови права и Повелбата за основните права на Европската Унија се дизајнирани да обезбедат општа заштита на животната средина како таква и не го гарантираат изречно правото на здрава, тивка и здрава животна средина. Но, ЕСЧП сè повеќе ги прифаќа жалбите во кои поединци тврдат дека прекршувањето на едно од нивните права од Конвенцијата произлегло од негативни фактори на животната средина. Во однос на индивидуалната жртва која може да има статус на активна страна за подигање барање (тужба) за судска заштита, ЕСЧП поаѓа од стојалиштето дека подносителот мора да биде лично и директно погоден со одредено постапување или пропуштање на државата, со кое е предизвикана повреда на конвенциското право (в. *Omejes*, (2014): 505).

Притоа, тој разликува два типа „жртва“, првиот како правило, а вториот како исклучок: директна жртва и посредна жртва. Директна (непосредна) жртва, според неговите пресуди (Кулјанин против Хрватска 2004, Илхан против Турција 2000), подразбира дека лицето што поднесува барање за заштита мора да биде лице директно засегнато со дејствието или пропуштањето за кое станува збор. Меѓутоа, водејќи се „од случај до случај“, Судот признава статус на жртва и на оние подносителите на барања кои не може да докажат дека се директно погодени со оспорена мерка ако е извесно дека таа може да предизвика повреда и на нивните права. Најчесто, станува збор за повреди кои може да произлезат од самиот закон кој се однесува на подносителите, така што штетните дејства настапуваат по сила на законот. Во одредени случаи (Очиќ против Хрватска 1999), Судот наоѓа дека постои повреда што им овозможува на поединци да тврдат дека некој закон ги крши нивните права самиот по себе и тогаш кога нема поединечни мерки на спроведување, ако се изложени на ризик да бидат погодени со него. Законот не мора да биде проследен и со конкретни мерки за спроведување, ако самиот по себе може да доведе до повреда. Судот во одделни одлуки прифаќа како подносител да се појави и посредна жртва, ако станува збор за заштита на јавен интерес (ибид. 515). Така, во случајот *Micallef* против Малта (2009): жртвата мора директно да биде погодена со оспорената мера, но ова мерило не смее да се проценува на строг, механички и нефлексибилен начин, така што Судот има дискреционо овластување во одредени случаи да утврди дека почитувањето на човековите права како што е дефинирано во Конвенцијата и протоколите бара продолжување на испитување на случајот, уважувајќи го општиот интерес.

Во повеќето држави се започнати значајни реформски процеси на дефинирање на основните принципи за заштита на животната средина и пристапот до правдата (в. *Manual*, 162). Според законите на Белгија, Швајцарија и други држави, на пример, не само поединците, туку и невладините организации имаат различни можности да добијат пристап до правдата преку судски и административни процедури, ако докажат постоење на правен интерес за нивното барање. Унгарија, Словенија, Албанија, Австрија, Србија и други земји имаат воведено тип на *actio popularis* во случаите на загрозување на животната средина, на кои може да реагираат поединци и групи граѓани или нивни организации.

Притоа, воочлив е диференциран пристап во прифаќањето на ваквите тужби, што се објаснува со различните начини на кои се регулира должноста на јавната власт да обезбеди остварување на правото на здрава животна средина: дали законите од оваа област предвидуваат должноста на владата, министерствата, другите органи да ја „заштитат“ животната средина, да ја „промовираат“ или да „обезбедат остварување на правото“ на здрава животна средина. Во првиот случај, целта на тужбата е судот да побара од владата да преземе афирмативни мерки за формирање агенција за животна средина или да ги вклучи еколошките прашања во нејзината програма за енергетика или економски развој. Во вториот случај, петицијата се однесува на барање за судски налог не само за зачувување, туку и за подобрување на животната средина, вклучувајќи, на пример, долгорочно чистење на локација од токсичен отпад, намалување на загадувањето на воздухот или водата под сегашните нивоа и така натаму. Во третиот случај, со тужбата може да се бара од судот да ѝ наложи на владата да

обезбеди средства за чиста и здрава животна средина (на пример, да издвои земја или вода како природен резерват итн.).

Прецизното уредување на должностите на надлежните органи во однос на заштитата на животната средина создава можност за широко отворање на вратите за тужби од граѓани и невладини еколошки организации пред редовните судови. Тоа налага потреба од специјализација на судии, како и формирање на посебни одделенија за еколошка правда, за што добро развиен образец претставуваат шведските судови за животна средина, основани со Законик за животна средина од 1999 година. Овие судови постапуваат во посебно регулирана постапка која според еден шведски судија, се карактеризира со следнава разлика од кривичните, граѓанските или административните судски постапки: тие не одлучуваат за тоа што се случило, туку за тоа што би можело да се случи во иднина – што е рефлексивна на концептот на проспективна одговорност. Кодексот за животна средина на Шведска е рамковен закон кој содржи правила од шеснаесет претходни закони и ги опфаќа еколошкото право, граѓанското право, управното право и кривичното право, како и процедуралните правила за судовите за животна средина (*Bjällås*, (2010): 178). Судовите за животна средина имаат надлежност и во однос на користење на земјиштето и за областите на животната средина кои вклучуваат граѓански и административни, но не и кривични овластувања, и имаат овластување да разгледуваат и одлучуваат и за законитоста и за основаноста на одлуките донесени од регионалните одбори и од локалните власти. Почнувајќи од мај 2011 година, судовите за животна средина се трансформирани во судови за земјиште и животна средина и, исто така, одлучуваат за случаите што произлегуваат од примената на Законот за планирање и градење, вклучувајќи преглед на локални планови за користење на земјиштето и градежни дозволи. Процедуралните правила на Кодексот се специјално приспособени за решавањето на ваквите спорови, за кои се решава во итна постапка (s. *Stec*, 2009:180).

Шведскиот образец на специјализирани судови за животната средина е прифатен и од Кина, во која, сепак, таквиот модел е сè уште во повој, така што системот на такви судови не е конзистентно заокружен и не се предвидени посебни процедури за нивното постапување.

Заклучок

Главен предизвик за реформата на нашиот правен и судски систем врз постулатите на еколошката правда е ограничувањето на овластувањата на јавната власт во еколошката сфера и востанувањето ригорозна судска контрола над нивното вршење заради спречување на можноста таа континуирано да го узурпира правото на располагање со природните добра и користејќи ги најмоќните економски ресурси со задржување на ексклузивни компетенции, да практикува олигархиски систем на управување со животните ресурси, политичко насилство и економски систем заснован врз бескрупулозно уништување на природата и животната средина.

Овој најсериозен предизвик не може да биде надминат без радикални промени на владејачката политичка, економска и правна парадигма и созда-

вае нова уставна рамка на еколошки конституционализам, со зајакната гарантна улога на Уставниот суд и проширување на правото на пристап пред редовното судство во заштитата на супстанцијалните и процедуралните права на здрава животна средина, со покренување тужби од поединци или граѓански асоцијации. Комплексната уставна и правна реформа треба да опфати неколку важни аспекти:– внесувањето меѓу темелните вредности, покрај животната средина и природата, на принципот на одржлив развој како цел на Уставот и на правниот поредок;

- реформа на законите во еколошката сфера и нивна кодификација во кодекс на правата на природата и правото на здрава животна средина, со минуциозно уредување на правата, должностите и одговорностите на граѓаните, правните лица, државните органи и јавните институции во заштитата и унапредувањето на природата и животната средина;
- проширување на содржината на човековото право на здрава животна средина со процедуралните права на информирање и на одлучување во сферата на заштитата на животната средина и природата;
- уставна гаранција за правото на судска заштита на супстанцијалните и процедуралните права;
- воведување на *actio popularis* во иницирањето на судски постапки за заштита на правата, под услови поблиску уредени со закон;
- проширување на надлежноста на Уставниот суд во непосредната заштита на еколошките права, под услови определени со Закон за Уставниот суд и за постапката пред Судот;
- прецизно уредување на надлежноста на судовите, како и на судската постапка, во постапувањето по тужби поднесени од граѓани или нивни здруженија против дејствија и акти на управните органи и други јавни тела со кои се загрозуваат правата на граѓаните на здрава животна средина.

Во истиот контекст би требало да се отвори расправа за натамошно промовирање на концептот на еколошка правда, што би вклучила иницијатива за формирање „Омбудсман на правата на природата“, институција која би го поддржувала екоцентричниот пристап кон заштитата на правата на сегашните и идните генерации и на животот на човекот во хармонија со неговото природно окружување.

ЛИТЕРАТУРА

1. Амдију Наџаиша, Најдовска Илиевски, Кристијина, Доковска Сиџровска Наџаиша, (2020): КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА НА ПОСТОЕЧКИ МОДЕЛИ НА ПРАВНА ПОМОШ ВО И НАДВОР ОД ЕУ И НАЈДОБРИ ПРАКТИКИ, Скопје
2. *Анализа на празнини и недосџајтоци* – предизвици и можности за институционалната и правната рамка на животната средина, ЦПИА, (изд. Л. Стојкова Зафировска), Скопје, 2021
3. *Андреевски, Марјан, Мукаеџов, Душко, Појоска Христијина*, (2019):

- Контаминација на почвата и земјоделските култури во Велес и неговата околина и можни решенија, Зборник на трудови: „Загадувањето на градовите во Република Македонија: кои се решенијата?“, МАНУ, Скопје
4. *Atkinson, Christopher L.* (2013): *Public Policy Processes and the Environment: Implications for a Sustainable Future*, Emerald Group Publishing, <http://dx.doi.org/10.1108/SAMPJ>
 5. *Barry, J.* (1999): *Rethinking Green Political Theory*, London, Thousand Oaks, CA, and New Delhi
 6. *Baxter, Brian*, (2005): *A Theory of Ecological Justice*, London and New York
 7. *Bjällås, Ulf*, (2010): Experiences of Sweden's Environmental Courts, *Journal of Court Innovation*, Vol.3 no 1
 8. *Блинкова Дончевска, Маријина, Димитрова Филковска, Тања, Мачановски, Иван, Милановиќ, Весна Дуданова Лазаревска, Габриела*, (2019): Проценка на еколошкиот капацитет на град Скопје како индикатор на одржливоста на градот, Зборник на трудови: „Загадувањето на градовите во Република Македонија: кои се решенијата?“, МАНУ, Скопје
 9. *Boyd, David*, (2012): The Constitutional Right to a Healthy Environment, *Environment Science and Policy for Sustainable Development* 54(4):3
 10. *Brejda, Jakub*, (2019): Sustainable Development in the Constitution of the Republic of Poland – the Origins *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ* 2019/4
 11. *Callicott, J.Baird*, (1999): *Holistic Environmental Ethics and the Problem of Ecofascism, Beyond the Land Ethic: More Essays in Environmental Philosophy*, New York
 12. *Calzadilla, Paola Villavicencio, Kotzé, Louis J.*, (2018): Living in Harmony with Nature? A Critical Appraisal of the Rights of Mother Earth in Bolivia, *Transnational Environmental Law*, 7:3
 13. *Carducci M., Bagni S., Montini M., Mumta I., Lorubbio V., Barreca A., Di Francesco Maesa C., Musaro E., Spinks L., Powlesland P.* (2020): *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*. Study, Brussels: European Economic and Social Committee
 14. *Carine, David*, (2013): The role of constitutional courts in determining the scope of the right to environment A comparative approach. IUCN Academy of environmental law annual Colloquium, Jun, Hamilton, New Zealand
 15. *Chakim, M. Lutfi*, (2019): A Comparative Perspective on Constitutional Complaint: Discussing Models, Procedures, and Decisions *Constitutional Review*, vol.5 no.1
 16. *Daly, Erin*, (2012): Constitutional Protection for Environmental Rights: The Benefits of Environmental Process. *International Journal of Peace Studies*, Volume 17, Number 2
 17. *Ebbesson, Jonas, Okowa, Phoebe* (eds.), (2009): *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge, New York
 18. *ЕВРОПСКА КОМИСИЈА* Стразбур, 19.10.2021 година СВД(2021)

- 294 конечна верзија РАБОТЕН ДОКУМЕНТ НА СЛУЖБИТЕ НА КОМИСИЈАТА Извештај за Северна Македонија за 2021 година
19. *Gamboa, Jorge Calderón*, (2020): Inter-American approaches to the right to a healthy environment and the rights of nature, Proceedings of the High-level International Conference on Human Rights and Environmental Protection Strasbourg, 5 October
 20. *Haugestad, Anne K., Wulfhorst, J.D.*, (edits.), (2004): Future as Fairness, Ecological Justice and Global Citizenship, Amsterdam-New York
 21. *Hiskes, Richard P.*, (2009): The Human Right to a Green Future. Environmental Rights and Intergenerational Justice, Cambridge, New York
 22. *Hultai, Mykhailo*, (2018): Normative constitutional complaint in Ukraine as a national legal remedy, INTERNATIONAL CONFERENCE “INDIVIDUAL CONSTITUTIONAL COMPLAINT TO THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE” Kiev, Ukraine 10 September
 23. *Jacobs, Francis*, (2006): The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment, Journal of Environmental Law, Volume 18, Issue 2
 24. *Jonas, Hans*, (1984): Das Prinzip Verantwortung, Frankfurt am Main
 25. *Kenig-Witkowska, Maria*, (2017): The Concept of Sustainable Development in the European Union Policy and Law University of Warsaw, Journal of Comparative Urban Law and Policy, Vol.1
 26. *Knox, John*, (2018): FRAMEWORK PRINCIPLES ON HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT The main human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment.
 27. *Kopnina, Helen, Washington, Haydn, Cryer, Paul, Taylor, Bron Raymond, Piccolo, John J.* (2017): 2017 Why ecocentrism is the key pathway to sustainability, The Ecological Citizen Vol 1 No 1
 28. *Kopnina, Helen*, (2014): Environmental justice and biospheric egalitarianism: reflecting on a normative-philosophical view of human-nature relationship Earth Perspectives, Springer Open Journal
 29. *Kotzé, Louis J.*, (s.a.): Environmental Constitutionalism, Essential Readings in Environmental Law IUCN Academy of Environmental Law (www.iucnael.org)
 30. *Лилић, Сїеван, Дреновак, Мирјана*, (2009): Управна и управно-судска заштита права на учешће јавности у стварима од значаја за животну средину у Србији, Анали Правног факултета у Београду
 31. *Lilić, Stevan, Drenovak-Ivanović, Mirjana*, (2014): Ekološko pravo, Drugo, ažurirano izdanje, Beograd
 32. *Lovet, Jean C.*, (1969): Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights, California Law Review, VOL. 67, No. 6
 33. *Low, N. and Gleeson, B.*, (1998): *Justice, Society and Nature: an exploration of political ecology*, London: Routledge
 34. *Mantecon, Cecilia Lucía*, (2019): Effectiveness of the Amparo Action in Environmental Matter from its Inclusion in the National Argentine Constitution. Bol. Mex. Der. Comp. [online], vol.52, n.155

35. *Manual on Human Rights and the Environment*, (2012): Council of Europe Publishing, Second edition
36. *Marjanović, Miloš*, (2011): Od antropocentrične ka biocentričnoj etici i pravnoj regulaciji, *Pravni život*, Tematski broj: Pravo i odgovornost, Tom IV br.12
37. *May, James R. & Daly, Erin*, (2019): *Global Judicial Handbook on Environmental*
38. *Constitutionalism (Third Edition)*, UN Environment Programme
39. *Миџикова, Таџјана, Манасиевска-Симиќ, Силвана, Маркоски, Миле*, (2019): Влијанието на загадувањето врз земјоделското производство во урбаните и пери-урбаните средини и можности за производство на квалитетна и безбедна храна, Зборник на трудови: „Загадувањето на градовите во Република Македонија: кои се решенијата?“, МАНУ, Скопје
40. *Morand-Deville, Jacqueline*, (2014): *L'environnement dans les constitutions étrangères*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014/2 (N° 43)
41. *Nozick, R.*, (1974: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Blackwell
42. *O'Gorman, Roderic*, (2017): *Environmental Constitutionalism: A Comparative Study*, *Transnational Environmental Law* Vol. 6/3
43. *Omejec, Jasna*, (2014): **Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava. Strasbourgški acquis**, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb
44. *Pepper, Angie*, (2018): *Delimiting Justice: Animal, Vegetable, Ecosystem?*, *Les ateliers de l'éthique The Ethic Forum*, Volume 13, Number 1
45. *Прејорак Р (2004) 20* на Комитетот на министри на Советот на Европа на државите членки за судска ревизија на управните акти, усвоена од Комитетот на министри на 15 декември 2004
46. *Rawls, John*, (1973): *A Theory of Justice*, Harvard- Cambridge
47. *Рисџески, Темелко*, (2020): Функционална анализа на Уставниот суд на Република Северна Македонија, Скопје
48. *Robinson, Deena*, (2022): *12 Biggest Environmental Problems Of 2022*, EARTH-ORG <https://earth.org/the-biggest-environmental-problems-of-our-lifetime/>
49. *Šarčević, Abdulah*, (2005): *Filozofija i etika/Suvremena fenomenologija svijeta života, Kritika filozofije povijesti i metafizike Zapada*, Sarajevo
50. *Schall, Christian*, (2008): *Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters Before Human Rights Courts: A Promising Future Concept?*, *Journal of Environmental Law*, Oxford
51. *Schlosberg, David*, (2007): *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford University Press
52. *Сџафилов, Трајче, Шајн, Роберџи*, (2019): Загадувањето на животната средина во урбаните области во Република Македонија како резултат на индустриската активност, Зборник на трудови: „Загадувањето на градовите во Република Македонија: кои се решенијата?“, МАНУ, Скопје

53. *Stec, Stephen*, (2009): Environmental justice through courts in countries in economic transition, во: *Environmental Law and Justice in Context*, edited by J. Ebbesson, P. N. Okowa, P. Okowa, Cambridge
54. *Stockholm Declaration* of the United Nations Conference on the Human Environment, 1972, UN Doc. A/Conf.48/14/Rev
55. *Tainter, Joseph A.*, (2006): Social complexity and sustainability, *Ecological complexity* 3 Arizona State University
56. *de Vries, Sybe A.* (2013): Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice, *Utrecht Law Review* Volume 9, Issue 1
57. *Walzer, M.*, (1983): *Spheres of Justice: a defence of pluralism and equality*, Oxford
58. *Wienhues, Anna*, (2020): What is ecological justice, and why does it matter today, *Transforming Society*, 6th October 2020, <http://www.transformingsociety.co.uk/2020/10/06>
59. *Zamudio, Hector Fix*, (1979): A BRIEF INTRODUCTION TO THE MEXICAN WRIT OF AMPARO *California Western International Law Journal*, Vol. 9, No. 2

Д-р Владо Поповски, редовен професор во пензија
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ПРЕТСЕДАТЕЛОТ НА РЕПУБЛИКАТА И ВЛАДИТЕ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ВО ДЕВЕДЕСЕТТИТЕ ГОДИНИ НА XX ВЕК

ПОЛИТИЧКИ ОРИЕНТАЦИИ И МЕГУСЕБНИ ОДНОСИ

342.511:342.518]:321.72(497.7)
изворна научна статија

Во статијата се анализира трансформацијата: на еднопартискиот во повеќепартиски систем; на федералниот во самостоен статус на македонската држава; на општествениот во приватен капитал – и на последиците што ги предизвика таа трансформација врз меѓунационалните односи, врз социјалниот и економскиот систем, како и врз односите на Република Македонија кон соседните држави.

Клучни зборови: непочитување уставни и законски норми; трансформација на политичкиот систем; приватизација на капиталот; корупција; Киро Глигоров.

Последното еднопартиско Собрание на Социјалистичка Република Македонија, во текот на септември и ноември 1990 година, ги донесе клучните правни акти кои го постулираа и овозможуваа воведувањето на повеќепартискиот политички систем во македонската држава и формирањето на повеќепартиските институции¹. Со нив: делегатскиот систем беше заменет со парламентарен, претставничко-пратенички систем; колективното Претседателство и Извршниот совет беа заменети со Претседател на Републиката и Влада на Социјалистичка Република Македонија, чие формирање и функционирање зависеше од партијата или од партиите кои имаат собраниско парламентарно мнозинство.

Со споменатите правни акти и со нивните решенија, општо кажано, беше проектиран и востановен типичен систем на парламентарна демократија – на секое негово рамниште: општи и слободни избори врз повеќепартиска и независна основа, формирање на повеќепартиско Собрание²; парламентарен избор на претседателот на Републиката и на неговиот заменик³; собраниски избор на Владата⁴, со претходно определување на мандаторот за состав на Владата

¹ Види: Документи за Република Македонија, 1990-2005, УКИМ, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје. 2008, стр. 33-91. Натаму: Документи за Македонија.

² Документи за Македонија, стр. 51-72.

³ На исто место, стр. 75-79.

⁴ На исто место, стр. 80-95.

од страна на претседателот на Републиката – во консултација со партиите⁵; и избор на членовите на Владата (со тоа и на самата неа) врз база на предлог на мандаторот⁶. Во таа смисла: на 11 ноември 1990 година беа спроведени првите повеќепартиски избори на кои беа избрани пратениците на идното повеќепартиско Собрание на СР Македонија, кое со изборот на претседател на Собранието се конституира на 8 јануари 1991 година.

Повеќепартиските избори не поминаа во толерантна атмосфера. Мотивирани за поброен избор на свои членови во Собранието и, на тој начин, за поголема партиска моќ во системот на власта, беше манифестирана дотогаш невидена меѓуетничка нетолерантност меѓу македонските и албанските политички субјекти. Така, меѓу првиот и вториот избран круг, ВМРО-ДПМНЕ ги прозва Албанците – граѓани на СР Македонија – дека се несакани дојденци. На таа провокација стигна одговор од претседателот на најголемата партија на Албанците во Македонија (на ПДП) дека Македонија била албанска земја, а Македонците – словенски окупатори – кои требало да бидат истерани од „албанските територии“.

Таквиот „замаец“ како старт на новите политички субјекти, во периодот на распадот на бившата СФРЈ и во почетокот на создавањето на самостојната и суверена македонска држава, остави подолгорочни негативни последици кои, нешто подоцна, создадоа референтна основа и причина за подлабока криза и за посеопфатна реформа на политичко-правниот систем на државата.

Во споменатиот амбиент и при формирањето на другите државни институции, при изборот на претседателот на Републиката и на Владата на СР Македонија, одново се пројави меѓуетничка недоверба и неподготвеност на политичките партии и други субјекти – за рамноправна положба и улога на сите актери во институциите на државата независно од нивната етничка припадност. Тоа, на една страна, доведе до произволно непочитување и модифицирање на правните решенија предвидени за изборот и структурата на одделни институции на државата, на пример, во случајот со изборот на Владата на СР Македонија, а на друга страна, до опструкција при изборот на претседателот на Републиката од страна на пратениците Албанци поради тоа што тој, како кандидат за претседател на Републиката, *de facto*, ја индицирал својата намера за нерамноправен третман на Албанците во политичкиот систем на СР Македонија⁷.

Тие појави, уште при самиот почеток на формирањето на СР Македонија, како самостојна и суверена држава, го потврдија постоењето на резидуален национализам, како во македонските, така и во албанските средини на општеството. Тоа се виде преку следниве факти: (1) ВМРО-ДПМНЕ, по националистичката провокација против Албанците пред вториот круг на гласањето за пратеници, за разлика од резултатите по првиот круг, на крајот од изборите, доби најголем број пратеници во Собранието на СР Македонија⁸; (2) албанските партии кои не најдоа разбирање кај идниот претседател на Републиката,

⁵ На исто место, стр. 47-48.

⁶ На исто место.

⁷ Андов Стојан – Зошто Албанците не гласаа за референдумот за независност, „Фокус“ 13.1.2022 г. стр. 42-43.

⁸ Документи за Македонија, стр. 74 (забелешка).

за своите барања за потпретседател на Владата и за соодветен број Албанци – членови на Владата – сразмерно на процентот на Албанците – граѓани на СР Македонија, се свртеа кон Тирана и Приштина, наоѓајќи ги токму своите инспирации за нивното политичко дејствување во Македонија. На тој начин, разбудениот национализам на Албанците во Македонија стана дел од останатиот албански национализам, кој имаше свое видување за тоа каков профил и каква структура треба да има македонската држава; (3) претседателот на Републиката, по неговиот избор и по изборот на потпретседател на претседателот, се зафати со формирање на Владата на СР Македонија.

Според уставниот амандман LXXVI точка 5, претседателот на СР Македонија предлага кандидат за претседател на Владата на СРМ – врз основа на претходни консултации со политичките организации (партии – В.П.) што се застапени во Собранието. Собранието, пак, според став 2 на истата точка од споменатиот амандман: „по предлог од кандидатот за претседател на Владата, избира Влада на Социјалистичка Република Македонија“⁹.

Тие уставни решенија беа опфатени и во Законот за Владата на СРМ од 8 ноември 1990 година, во неговите членови: 4, 14, 15, 16 и 17. Со нив била предвидена можност за избор на еден потпретседател (подвлекол В. П.) на Владата, покрај можноста за избор и на повеќе потпретседатели (чл. 4 од Законот). Во член 17 став 1 од истиот Закон стои: „При предлагањето на Владата, кандидатот за претседател на Владата предлага потпретседател (употребена е еднина – В.П.), министри кои ќе раководат со министерствата и други членови на Владата (министри)¹⁰“.

Според цитираните решенија на Законот за Владата, произлегува дека претседателот на СРМ, во врска со Владата, го предлага **само** кандидатот за нејзин претседател.

Другото: предлогот на потпретседател и на министри е надлежност на кандидатот за претседател на Владата и на никој друг. Во таа смисла, само по себе, се подразбира дека предлагачот на членовите на Владата ќе води сметка од кои партии ќе бидат предлозите за членовите на Владата – за да обезбеди собраниско мнозинство кое ќе гласа за изборот на Владата. Тоа значи дека евентуалната потреба од формирање парламентарна, мнозинска, коалиција е надлежност и работа на партиите и на кандидатот за претседател на Владата кој, со своите предлози за членови на Владата, треба да ја изрази волјата на партијата (или на партиите) кои ќе го сочинуваат парламентарното мнозинство.

Тој домен и таа задача не е надлежност на претседателот на СР Македонија. Не е негова работа да се меша ниту во составот на Владата ниту во процесот на создавање парламентарно мнозинство (или – на создавање парламентарна мнозинска коалиција). При постоење систем на поделба на властите и самостојност на нивните надлежности, претседателот на СРМ не можел да предлага членови на Владата, ниту нивен распоред на должности во Владата; ниту да формира собраниски партиски коалиции од кои ќе произлезе Владата.

Наспроти изнесеното, претседателот на СРМ се замешал во сите фази и во сите други аспекти од формирањето на првата Влада на СР Македонија,

⁹ На исто место, стр. 83.

¹⁰ На исто место, стр. 83 (член 17, став 1).

потиснувајќи ги уставните и законските надлежности на политичките и правните субјекти поврзани со изборот на таа Влада (извршен на 20 март 1991 година). Имено, претседателот на СР Македонија (Киро Глигоров), по предлогот на академик Никола Кљусев, за претседател на Владата не ја препушти уставно и законски утврдената надлежност – на предложениот кандидат за претседател на Владата – да предложи: потпретседател и членови на Владата кои треба да ги избере Собранието на СРМ – согласно со амандман LXXVI од Уставот на СРМ и членовите 16 и 17 од Законот за Владата на СРМ.

Преземајќи ги надлежностите на кандидатот за состав на Владата на СРМ, и надлежностите на партиите, за формирање собраниско мнозинство што ќе стои во поддршка на Владата, претседателот на Републиката, *de facto*, решил: прво, да бидат избрани тројца потпретседатели на Владата, а не еден потпретседател, што беше поента во Законот за Владата од 8 ноември 1990 година и барање на партиите на Албанците во Македонија тој да биде Албанец; второ, членовите на Владата да ги предложат партиите, во согласност со претседателот на Републиката, а не кандидатот (мандаторот) за претседател на Владата како што предвидел Законот за Владата на СРМ; трето, претседателот на Републиката решил тој и раководителите на партиите да определат кои членови на Владата ќе раководат со одделни ресори (министерства), а кои членови ќе бидат министри без ресор.

Врз основа на тие претходно усогласени ставови меѓу претседателот и политичките партии, со исклучок на албанските партии во Македонија, фактички, било решено: четирите македонски партии (СКМ-ПДП, ВМРО-ДПМНЕ, СРС и СПМ) да предложат двајца потпретседатели на Владата и 17 членови, министри, во Владата, од кои, 14 министри да раководат со ресори (со одделни министерства), а тројца да бидат министри без ресор. Претседателот на Републиката им допуштил на албанските партии во Република Македонија: ПДП да предложи еден потпретседател на Владата и еден министер на министерство, а НДП да предложи еден министер без ресор¹¹.

На таков начин, првата Влада на СРМ, избрана на 20 март 1991 година, имала дваесет и три членови (претседател, тројца потпретседатели и деветнаесет министри), од кои дваесет биле Македонци, а тројца Албанци. Таа прва Влада на СРМ, со оглед на начинот на изборот и на доминантниот фактор на нејзиното профилирање, неслучајно често беше именувана како „Влада на претседателот на Републиката Киро Глигоров“.

Одговорот за мотивите и причините кои стоеле во основата на респективното однесување на претседателот на Републиката, при формирањето на првата Влада на СР Македонија, може (логички) да се поврзи со следниве констатации и факти:

Прво, решавачкото влијание врз начинот на формирањето на Владата и врз нејзиниот персонален состав Претседателот на Републиката го сврзувал со верувањето дека тоа натаму ќе му овозможи влијание врз политиките и одлуките на таа Влада;

¹¹ Шкарик Светомир, Споредбено и македонско уставно право. Скопје: Матица, 2004, стр. 671-672.

Второ, потребата од негово продолжено влијание врз владините политики и одлуки, од една страна, била израз на склоноста на претседателот на Републиката кон политички егоцентризам¹² и политичка доминација, а од друга страна, таа потреба била израз и на преземената обврска пред српскиот претседател Слободан Милошевиќ да работи на одржување на статусот на Македонија како членка на Југославија¹³.

Имено, уште во јануари 1991 година, на состанокот на Претседателството на СФРЈ на кој биле присутни и претседателите на републиките и претседателите на републичките собранија, Слободан Милошевиќ, претседател на Република Србија, му кажал на претседателот на Собранието на СРМ – дека господинот Киро Глигоров ќе дошол во Македонија со договорени задачи што требало да ги заврши, барајќи од Стојан Андов да му помогне во тоа. Во таа насока, Слободан Милошевиќ побарал и двајцата да гледаат за премиер на Владата на СР Македонија да не дојде Петар Гошев, туку друга личност која ќе работи на одржување на статусот на СРМ како членка на југословенската федерација¹⁴;

Трето, игнорирањето на уставните и законските норми за избор на Владата на Социјалистичка Република Македонија (на СРМ) може да се објасни и со фактот на отсуство на поширока култура и пракса на почитување на новите принципи на политичко-правниот систем – на поделбата на властите и на самостојноста во вршењето на нивните надлежности. Претходните, подолготрајни, принципи на системот на власта и практиките на нивното остварување, какви што беа единството и хиерархијата на власта и претпочитувањето на политичкото водство, до голема мера, го олеснуваа наметнувањето на улогата и авторитетот на одделни угледни политички личности.

Се разбира, тој културен склоп (како ментален амбиент) во почетокот на воведувањето на новиот политичко-правен систем не може целосно да ги објасни причините за споменатиот, произволен, настан при определувањето на структурата и профилот на првата Влада на СРМ (односно на РМ). Затоа, нужно е да се осветлат и интересите и на претседателот на Републиката и на политичките партии, пред сè, на партиските раководства кои ги мотивирале да станат соучесници во кршењето на правните правила и норми – сврзани со изборот на Владата на СРМ.

Интересот на претседателот на Републиката Киро Глигоров бил во тоа што, со улогата што ја прифатил, во договор со Слободан Милошевиќ, практично, одново се стекнал со шанса да се издигне во политиката, пред сè, во СР Македонија, над оние сили и личности кои, во меѓувреме, станале политички водачи и личности на нови идеи за местото и иднината на СР Македонија, во

¹² Документи за Македонија, стр. 95-97.

¹³ Таа склоност беше манифестирана и на тој начин што не прифаќаше никаква средба или помош која беше понудена; на пример, од страна на Крсте Црвенковски или Лазар Мојсов. Види, Коста Стоименовски во случајот со Лазар Мојсов, Нова Македонија, 24.2.2022, стр. 9. Во врска со К. Црвенковски, авторот на статијата, од страна на својот професор и долгогодишен пријател Славко Милосавлевски, беше замолен да му ја пренесе на претседателот Глигоров подготвеноста на Црвенковски и неговата (на Милосавлевски) за соработка и помош. Претседателот Глигоров, со „насмевка“, рече: „Благодарам – нема потреба“.

¹⁴ Стојан Андов, Наскоро таму ќе дојде Киро Глигоров, па ќе ги среди работите, Фокус.

случај на распад на СФРЈ и на нејзино, евентуално, поинакво (ново) композирање.

Еден од тие нови предводници во македонската политика беше и Петар Гошев. Тој, како претседател на СКМ – ПДП, му се спротивставил на Слободан Милошевиќ, кој го визирал идниот состав и профил на идната југословенска федерација како сојузна држава со преодоминантно просрпски функции и можности, паралелно со формализирање и маргинализирање на другите републики, со изјавата дека Македонија не е Јужна Бановина, туку држава на македонскиот народ и на народностите кои се дел од народот на Македонија, кој самиот ќе реши за неговата иднина и за статусот и иднината на неговата држава.

На тој начин, Петар Гошев и неговите приврзаници ги афектирале одлуките и принципите на асномска Македонија и правните принципи на првиот Устав на НР Македонија од 1946 година; на прво место, на таков начин, било афектирано правото на самоопределување на народот на Македонија – вклучувајќи го и правото на отцепување за кое се спекулирало оти тоа право било консумирано – мртво – право.

Ете, тие залагања и тие политички водачи во С Р Македонија во 1991 година и во следните години требало да бидат отстранети или маргинализирани од страна на претседателот на Републиката, како што се произнел Слободан Милошевиќ во разговорот со претседателот на Собранието на СР Македонија (со Стојан Андов) во јануари 1991 година, на споменатиот состанок на Претседателството на СФРЈ.

Партиите од македонскиот блок, поканети од претседателот на Републиката да предложат членови за состав на Владата на СРМ, го гледале својот интерес во фактот што, на таков начин, без каква било конкуренција, типична при формирање влада во повеќепартиски систем, станале „делачи на колачот“; носители на функции и моќ со чие посредство се надевале на бенефити во повеќе области.

На таков начин, претседателот на Републиката сплотил околу себе цел „колегиум“ подготвен заеднички да му ги „конфискуваат“ надлежностите на мандаторот за состав на влада на СР Македонија. Тој со таквиот „колегиум“ навистина го сторил тоа, со што ги прекршил уставните и законските норми за формирањето Влада на СР Македонија¹⁵.

Таа Влада била избрана од страна на Собранието на СР Македонија на 20 март 1991 година. Тоа што е интересно за политичко-партискиот статус на членовите на таа Влада е фактот што од 22 члена на Владата, само тројца изјавиле дека се членови на партија: двајца на СКМ-ПДП и еден на ВМРО-ДПМНЕ, додека 19 членови на таа Влада изјавиле оти не се членови на ниту една партија¹⁶.

Респективниот податок зборува дека партиските раководства, како предлагачи на членовите на Владата, го имале предвид, пред сè, професионалниот и општествениот углед на „своите“ кандидати; но, во секој случај, и своите релации и односи со таквите кандидати. Па во таа смисла, се поставува прашањето: дали таа Влада – на чело со академик Никола Кљусев, во која покрај него имало уште двајца академици, 12 доктори на науки, двајца магистри и шест со

¹⁵ Документи за Р Македонија, стр. 97 (забелешката).

¹⁶ На исто место, стр. 97.

високо образование и со искуство во практиката – ги оправда очекувањата на претседателот на Републиката за неговото претежно влијание врз политиките и одлуките на Владата?

Одговорот на тоа прашање е негативен. Претседателот на Републиката не успеа да се наметне врз Владата што ја предводеше академик Никола Кљусев. Политиката на таа Влада кон југословенската криза и кон идниот статус на СР Македонија, како и кон кое и да е внатрешно прашање, зависеше од самата Влада. Таа „Кљусева“ Влада покажа висок степен на политичка автономност и способност, во мошне сложени и деликатни услови да ги донесе најважните акти и одлуки со кои беше востановена и стабилизирана сувереноста и самостојноста на СР Македонија која, со уставните измени на 7 јуни 1991 година, стана Република Македонија¹⁷.

Владата на Никола Кљусев успеа да ја стабилизира економската состојба и да го издвои монетарниот систем на Република Македонија од непредвидливите воени турбуленции во југословенските републики¹⁸. Таа Влада, сфаќајќи дека генераторот на воените случувања се наоѓа во големосрпскиот агресивен и националистички егоизам, во летото 1991 година изјави дека, при такви околности, Р Македонија ќе мора да се подготви за целосна самостојност¹⁹.

Тоа беше прва таква, јасна и категорична изјава од македонска страна која, според логиката, се поврзуваше со Декларацијата за сувереност на СР Македонија донесена од Собранието на Републиката на 25 јануари 1991 година²⁰.

Таква изјава и позиција не може да се слушне од страна на претседателот на Републиката што, како факт, и тогаш и подоцна, не мора да значи дека тој не се согласувал со таа идеја и позиција на Владата. Меѓутоа, неафирмирањето на таа идеја и позиција од него, во тоа исто време и нешто подоцна, може да укаже, на пример, дека кај него, за разлика од Владата, можело да има надеж – состојбите, сепак, да тргнат во правец на конфедерирање на југословенската сојузна држава и на создавање заедница на суверени југословенски држави – што било прифатливо и за Словенија и за Босна и Херцеговина, како и за Македонија²¹. Но, од друга страна, неафирмирањето на споменатата владина позиција од страна на претседателот на Републиката може да се разбере и со неговата потреба да се претпази од (не)предвидливата реакција на агресивниот српски претседател Слободан Милошевиќ кому, по сè изгледа, му ветил дека ќе работи Македонија да не се издвои од југословенскиот државен сојуз во кој би била и Република Србија.

Респективната изјава и позиција на Владата на Никола Кљусев, истакната во август 1991 година, беше основа и повод за донесување повеќе владини одлуки со кои се прекинаа врските меѓу воените и цивилните власти на југословенската федерација со тие на Република Македонија²². Во тој склоп била

¹⁷ Пак натаму, стр. 144.

¹⁸ Пак натаму, стр. 256-257.

¹⁹ Пак натаму, стр. 156.

²⁰ Пак таму, стр. 126-127, посебно членовите 1, 2, 6 и 7.

²¹ Види ја Платформата Глигоров – Изетбеговиќ, во која бившата СФРЈ се взира како конфедерација – слично на предлогот на Словенија. Документи за Р Македонија, стр. 137-143.

²² Види: Ахил Тунтев, Република Македонија – прва декада (1990 – 1999). Скопје: МИ-АН, 2005; Документи за Македонија, стр. 169, 226.

донесена одлука на Собранието на Р Македонија со која биле повикани сите цивилни и воени претставници на Македонија да ги откажат своите должности во Федерацијата и да се вратат во својата Република²³.

Во тој контекст, Владата на Р Македонија, преку Меморандумот на македонското Министерство за надворешни работи од 23 август 1991 година, ги информирала државите членки на Европската заедница дека не било вистинито известувањето од страна на една југословенска република (од Р Србија – В.П.) до истите држави, дека Р Македонија останувала во југословенската федерација – како четврта република, покрај Србија, Босна и Херцеговина и Црна Гора²⁴.

Покажувајќи компетентност, храброст и ефикасност, Владата предводена од Никола Кљусев, им попречи на повеќе фактори: на цивилното и на военото раководство на Србија; на претседателот на Р Македонија – на неговата задача докрај да се бори за останување на Републиката во југословенската држава, како и на суетата на претседателот на Републиката според која тој, а не некој друг, е главната водечка личност. Владата на Кљусев му попречи и на партиското раководство на ВМРО-ДПМНЕ, кое сфати дека владината власт (и надлежност) е главниот и најмоќен колосек на извршната власт, за разлика (на пример) од моќта и надлежноста на претседателот на Републиката, а особено од таа на потпретседателот на претседателот на Републиката, на која се наоѓаше партискиот претседател на ВМРО-ДПМНЕ – Љубчо Георгиевски.

Кљусевата влада им попречи и на сите партиски раководства во Република Македонија кои немаа влијание врз Владата, или, поточно кажано, врз оние членови на Владата кои го сочинуваа нејзиното највлијателно и најмоќно јадро, од кое зависеа нејзините политики и одлуки.

Имено, не треба да се испушти од вид фактот дека само тројца членови на Владата се декларирале како членови на партии, а дека сите други, па и тие тројца членови на Владата, предводени од доминантното владино јадро, беа доволно самостојни во однос на партиските раководства кои, сè уште, немаа стекнато лична и колективна моќ и авторитет. Затоа, споменатото јадро на Владата, предводена од академик Никола Кљусев, а во кое влегуваа: еден потпретседател на Владата и министрите за внатрешни работи, за правосудство и управа, за урбанизам и градежништво, за наука и еден министер без ресор, практично им даваше правец и тон на владините политики и одлуки²⁵. Објективно, според суштината и смислата, владината политика што ја формираше и спроведуваше споменатото владино јадро беше блиска до политиката и стремежот на ВМРО – историската – т. е. до стремежот да се формира и афирмира суверена и самостојна македонска држава.

Тоа владино јадро, по дух и идеја, не беше ниту инспирирано ниту повлијаено и зависно од ВМРО-ДПМНЕ, како од неговото раководство, така и од неговите членови на Собранието на Република Македонија. Покрај од други причини, и поради тие факти ВМРО-ДПМНЕ премина во опозиција на 22 ок-

²³ Документи за Македонија, стр. 243, 244, 245.

²⁴ Пак таму, види ја забелешката, стр. 157.

²⁵ Станува збор за потпретседателот Блаже Ристовски и за членовите на Владата: Јордан Мијалков, Ѓорѓи Наумов, Александар Лепавцов, Ѓорѓи Ефремов и Илија АндоновЧенто. Документи за РМ стр. 96-97; Шкарик, Споредбено право... 671-672.

томври 1991 година²⁶ и стана придружник на другите партии кои настојуваа да ја срушат Владата на Никола Кљусев, во што успеаја на 7 јули 1992 година – по 1 година, 3 месеци и 17 дена од нејзиниот избор.

Рушењето на Владата на Никола Кљусев како постапка имаше посебни карактеристики кои не беа повторени во ниту еден друг случај потоа. Имено, недовербата на „Кљусевата Влада“ е изгласана по претходно барање на 26 пратеници од четирите партии кои предложија кандидати за пратеници и од редот на т.н. независна група пратеници²⁷, што значи дека чинот на рушењето на споменатата Влада бил договорен и „оркестриран“. Понатаму, за „рушење“ на Владата на Кљусев гласале 97 пратеници од присутните (веројатно сите присутни), додека, колку за споредба, за донесувањето на новиот Устав на Република Македонија, на 17 ноември 1991 година, гласаа 92 пратеници.

Зад рушењето на Владата на Кљусев стоеше и претседателот на Републиката Киро Глигоров, кој како „политички маестро“ успеа да ги поттикне надежите и желбите на партиските раководства да се впуштат во „натпревар“ за државни функции, при што, по неколку смислени постапки, успеа Владата на Република Македонија да ја „предаде во рацете“ на нему идеолошки и политички најблиската партија, на СДСМ, и на политички најприлежниот кандидат за претседател на Владата, Бранко Црвенковски²⁸.

По рушењето на Владата на Никола Кљусев, претседателот на Републиката стана доминантен политички фактор и при формирањето на Владата на Бранко Црвенковски, како што беше и при формирањето на Владата на Никола Кљусев. Но, за разлика од неговата неможност да влијае врз политиката на таа Влада, во примерот со Владата на Бранко Црвенковски, претседателот на Републиката стана незаобиколив фактор и во градењето на владината политика. Претседателот Киро Глигоров, со Владата на Бранко Црвенковски, си го врати мирот и спокојството, бидејќи знаеше оти ниту една позначајна владина одлука не може да се очекува да биде донесена без да биде продискутирана и „просудена“ и од самиот него.

Новиот, млад премиер имаше потреба од „одобрување“ речиси на секоја поважна планирана одлука на Владата; не само поради неговото политичко неискуство, туку и поради неговата потреба од дифузија на одговорноста за крупните, претстојни, транзициски задачи. На тој план, со време, се покажа оти и двајцата носители на извршната власт имале слични разбирања за тие, но и за други прашања за кои заемно се надополнувале и согласувале.

²⁶ Ахил Тунтев. Прва декада...

²⁷ Шкарик Светомир. Споредбено право... стр. 671-672.

²⁸ Смислената постапка се состоеше во следново: прво, мандатот за состав на Владата му беше даден на Љубчо Георгиевски, но беше „договорено“ ниту една партија да не прифати да стапи во коалиција со ВМРО-ДПМНЕ. По осум дена, Љ. Георгиевски го врати мандатот на 14.7.1992 г. По три дена (на 17.7.1992), претседателот Глигоров му го додели мандатот на Петар Гошев. „Договорот“ со Бранко Црвенковски бил да му предложи само „Бранкови“ луѓе од СДСМ, со инсистирање, или да ги прифати или да го врати мандатот. Гошев, цели 20 дена, се обидува да „стокми“ состав на членови на СДСМ кои би му биле лојални. Не успевајќи во тоа, и изјавувајќи „оти не бил за еднократна употреба“, го вратил мандатот на 6.8.1992 г. По само еден ден, на 7.8.1992 г., Глигоров му го дал мандатот на Бранко Црвенковски, кој формирал Влада – избрана на 4.9.1992 година.

Поради тоа се поставува прашањето: Што постигна претседателот на Републиката Киро Глигоров со рушењето на Владата на Никола Кљусев и што доби и/или изгуби Република Македонија со изборот на Владата на Бранко Црвенковски?

Општо кажано, претседателот на Републиката, со рушењето на Владата на Никола Кљусев и со формирањето на Владата на Бранко Црвенковски, прво ги реши своите проблеми на „домашниот“ терен, поврзани со неговата потреба од доминантно политичко водство – согласно со неговото самочувство и со неговиот карактер. Второ, кога станува збор за неговите обврски преземени кон српскиот претседател Слободан Милошевиќ, претседателот Глигоров, со рушењето на Владата на Никола Кљусев, одново покажа доверливост и лојалност кон него. Со рушењето на таа влада, претседателот на Републиката, практично, го отстранил далеку порешителниот и побескомпромисен политички противник на идејата за здружување со Србија во сојузна држава, при услови на манифестиран агресивен големосрпски национализам – од тоа што бил и што воопшто можел да биде Петар Гошев.

Претседателот на Републиката, пред рушењето на Владата на Никола Кљусев, својата „лојалност“ кон договорот со Слободан Милошевиќ ја имаше покажано и во врска со прашањето за одржување на референдумот на кој, согласно со тој договор, требаше да се создаде основа за идна припадност на Република Македонија на Сојузот на југословенските републики. Уште во почетокот на југословенската криза беше јасно дека СФРЈ ќе се рекомпонира и тоа под голем притисок на српските интереси и на нејзината сила. Во таа смисла, на споменатата седница на Претседателството на СФРЈ, на кое присуствуваа и претседателите на републиките и на републичките собранија, Слободан Милошевиќ му рекол на Стојан Андов дека: Словенија ќе ја „откачеле“ од Југославија; на Хрватска ќе ѝ биле земени делови во кои Србите биле во мнозинство; а (дека) Босна и Херцеговина и Р Македонија ќе останеле во рекомпонираната југословенска заедница. Поради тоа, всушност, бил договорот со Киро Глигоров кој ја прифатил идејата Македонија да остане дел од Југославија со што би била заедно (и) со Србија. Во таа смисла, покрај отстранувањето на противниците на таа идеја, важен бил и референдумот и затоа Киро Глигоров имал инструкции за референдумското прашање.

Референдумот бил закажан на 6 август, а одржан на 8 септември 1991 година. Во тоа време, Киро Глигоров бил претседател на Република Македонија, која ја имала и Владата на Никола Кљусев. Во подготовката на референдумот, при формирањето за изјаснување на граѓаните – дали се или не се за создавање суверена и самостојна држава Македонија, претседателот Киро Глигоров инсистирал, кон тоа прашање, да се додаде и прашањето: „со право да стапи во иден сојуз на суверените држави на Југославија“. Инсистирањето на таа доаѓавка претседателот Глигоров ја образложувал со „преземената обврска пред српскиот претседател Слободан Милошевиќ“. Тоа образложение треба да се прифати како вистина, која се потврдува (и) со следниве факти: пред официјализирањето и објавувањето на референдумското прашање со споменатата „опашка“, бевме повикани (авторот на овој текст и Гордана Силјановска – како членови на Уставната комисија) од страна на тогашниот министер во Вла-

дата на Никола Кљусев, одговорен за политички систем²⁹, „да сме помогнеле во формулирањето на прашањето за референдумот“. Притоа, во кабинетот на министерот ги затекнавме Владимир Кутлешки и Касим Трнка, за кои подоцна разбравме дека биле: првиот, правен советник на претседателот на Србија Слободан Милошевиќ и универзитетски професор по уставно право, а вториот, професор по уставно право во Сараево и, веројатно, советник на претседателот на Босна и Херцеговина Алија Изетбеговиќ. Министерот Фрчкоски ни го претстави предлогот за референдумското прашање кое требало да гласи: „Дали сте за суверена и самостојна држава Македонија, со право да стапи во иден сојуз на суверените држави на Југославија“. На нашиот коментар дека се поставуваат две прашања со што се создава недоволна јаснотија за тоа што, всушност, преферираат граѓаните од тие две прашања, министерот, одговорен за политички систем, „лаконски“ одговори дека ако Р Македонија е суверена и самостојна држава, таа со самото тоа секогаш можела да стапи во сојуз со други држави. На забелешката: доколку тоа би било токму така, тогаш додавката е излишна и таа, во случајот, само создава конфузија и, второ, не е баш така – дека самостојната и суверена држава, *ipso facto*, може да влезе во некаков сојуз на држави без да спроведе уставно предвидена процедура и без да ги исполни уставно-предвидените услови за таков случај, му реплицирав и додадов: конечно, и нашиот Нацрт-устав, на чијшто работен текст си автор и ти, предвидува уставна процедура, уставен (двотретински) цензус на гласови за предлогот и референдум на кој мнозинството од вкупниот број гласачите ќе гласа за таков предлог. Тогаш може да се смета дека е донесено решението било за стапување во сојуз, било за истапување од сојуз или заедница со други држави. Значи, прво, мора да постои (или прво мора да биде формирана) самостојна и суверена држава за да може таа да го има тоа право кое може да го остварува во посебна и соодветна процедура. Затоа, може да се констатира дека формулација што се предлага за нашиот референдум спојува две прашања и создава конфузија³⁰.

На создадената непријатна атмосфера, и господинот Кутлешки и нашиот министер покажаа видлива нервоза, веројатно поради позицијата и улогата што ја имаа, првиот во однос на неговиот претседател Слободан Милошевиќ, а вториот во однос на својот претседател Киро Глигоров, кои им дале задача да го утврдат прашањето за референдумот во Република Македонија, како што тие, претходно, се договориле. Поради тоа, реакциите на нашиот министер беа во стилот „сме биле повикани за да помогнеме, а не за да комплицираме“.

Очигледно, намерата била да се обезбеди формална информација дека постапката за формулирање на прашањето за референдумот почнала по предлог на министерот, одговорен за политички систем, со учество на група што тој ја формирал – по што би следувал предлог на Владата до Собранието кое го утврдува референдумското прашање; фактички, претходно договорено меѓу претседателите на Р Србија и на Р Македонија.

Кога заврши „сеансата“ кај министерот одговорен за политички систем, така составеното прашање од Владата на Р Македонија стигнало во Собранието кое требало да донесе одлука за референдумот и за прашањето. Собра-

²⁹ Љубомир Данаилов Фрчкоски.

³⁰ Реплицирањето го направи авторот на оваа статија.

нието, на седница одржана на 6 август 1991 година, го закажа референдумот за 8 септември таа година и го утврди прашањето со „спорната“ содржина. Подоцна, во прилозите што ги публикуваше господинот Стојан Андов, претседател на Собранието на Р Македонија во односниот период, објаснува дека за „додавката“ на прашањето инсистирал претседателот на Републиката Киро Глигоров, бидејќи прифатил обврска пред Слободан Милошевиќ, претседател на Р Србија.

Таа обврска на Глигоров пред Милошевиќ се потврди со информациите претходно дадени во оваа статија.

Тоа дека референдумското прашање било „смеса“ од две прашања и дека, на таков начин, се создаде конфузија во намерата со референдумот, посведочува и Бадентеровата комисија во нејзиното мислење бр. 1 точка 2, алинеја 3 под а, од 10 декември 1991 година³¹. Комисијата констатирала дека Македонија со референдумот одржан во септември 1991 година се заложила за суверена и независна Македонија во рамките на асоцијација на југословенските држави и дека, поради тоа, таа спаѓала „...во оние републики кои сакале да создадат нова асоцијација која би имала демократски институции по нивен избор...“ Затоа Бадентеровата комисија смета дека на тие републики, кои сакале да создадат таква асоцијација, е да работат заеднички за да ја постигнат таа цел³².

Таквиот епилог укажува дека референдумот од 8 септември 1991 година, според логиката на референдумското прашање, пред сè, значел: изјаснување на граѓаните за влегување на Р Македонија во иден сојуз на југословенски држави, а не за формирање македонска самостојна и суверена држава – меѓународно призната. Токму во тоа е манипулацијата со волјата на граѓаните изразена на референдумот. Спротивно на подметнатото значење на референдумското прашање, граѓаните на Република Македонија излегле да гласаат за самостојна и суверена македонска држава, а не за асоцијација на југословенски држави под што, во тие околности, подразбирале продиктиран србословенски сојуз на држави.

Поради конфузната содржина на референдумското прашање и поради изнесеното разбирање од страна на Бадентеровата комисија, таа Комисија не го сметаше референдумот од 8 септември 1991 година како основ и датум на формирањето на Р Македонија како суверена и самостојна држава. Наместо референдумот, Бадентеровата комисија го смета донесувањето на Уставот на Република Македонија на 17 ноември 1991 година – како основ и датум на формирањето на Република Македонија како самостојна и суверена држава без институционална врска со СФРЈ³³.

Според кажаното, произлегува дека референдумот од 8 септември 1991 година со прашањето за кое се изјаснувале граѓаните претставувал уште еден пример на „отплаќање“ на обврските на претседателот Киро Глигоров преземени пред претседателот на Р Србија Слободан Милошевиќ.

Претседателот на Републиката Киро Глигоров, во 1994 година, за време на кампањата за парламентарни и претседателски избори, првпат јавно и јасно

³¹ Види: Мислење на арбитражната (Бадентерова) комисија бр. 1. Париз, 10 декември 1991 г. Документи за Р Македонија, стр. 227, точка 2, алинеја 3.

³² На исто место, стр. 228, точка 3, алинеја 3.

³³ На исто место, стр. 278-279, Мислење бр. 11 точка 5.

изјави дека Р Македонија треба да оди по својот пат како суверена и самостојна држава, како што е утврдено во нејзиниот Устав. Тој и дотогаш упорно работеше на меѓународното признавање на Р Македонија како независна држава и на нејзиното зачленување во меѓународните организации. Но, во тоа време сè уште ја држеше тезата дека Р Македонија последна ќе се откаже од југословенскиот сојуз на суверени држави³⁴; независно што никогаш не изјавил дека смета оти Република Македонија треба да стане трета членка на веќе формираната Сојузна Република Југославија во која беа Р Србија и Р Црна Гора.

Од изнесеното произлегува дека претседателот Глигоров, до 1992 година, искрено се залагал за Сојуз на суверени југословенски држави, но од 1992 година, сметајќи дека таа варијанта станала нереална, интимно, се определил за осамостојувањето на Р Македонија како држава, но јавно сè уште останал „на врска“ со Србија и Југославија, давајќи знаци оти се придржува кон некакво сојузување со Србија. Сето тоа трае до половината на 1994 година кога, категорично и јасно, изјавува дека Р Македонија треба да продолжи по патот на независноста – како единствен пат³⁵.

Тоа е времето кога Р Македонија се користи со пријателски симпатии и со позитивни оценки од страна на европските земји и од САД и кога претседателот Глигоров добива признанија како државник кој успеал Република Македонија да ја зачува надвор од воените конфликти на бивша Југославија. Претседателот Глигоров ја сметаше Р Македонија за „оаза на мирот“.

Во тие околности, во процесот на кампањата и за претседателските избори (во 1994 година), претседателот Глигоров првпат ја даде споменатата изјава со која како да се ослободи и да ја напушти обврската кон српскиот претседател Слободан Милошевиќ – за некаква форма на поврзување на Р Македонија со Србија.

Следната 1995 година, претседателот Глигоров (веројатно повикан) отиде на средба со српскиот претседател Слободан Милошевиќ во Белград. Според претседателот Глигоров, средбата била тензична, при што претседателот Милошевиќ како да сакал да провери дали Глигоров стои на обврската, па побарал: Р Македонија и Р Србија да формира(ле) Царинска унија. Претседателот Глигоров, заобиколувајќи го тој предлог, се искажал дека Р Македонија била на добар пат за членство во Европската Унија и дека, од таа своја положба, можела многу да ѝ помогне на Србија³⁶.

Со тоа завршила средбата со Милошевиќ, во која, судејќи според видливата вознемиреност на претседателот Глигоров додека нè запознаваше за разговорите на средбата, можело да има и директни обвинувања и закани. Следниот ден, на 3 октомври 1995 година, беше извршен атентатот врз претседателот Глигоров.

Но, да се вратиме на неодговорениот дел од прашањето: „Што постигна претседателот на Републиката Киро Глигоров со рушењето на Владата на Никола Кљусев и што доби или што изгуби Република Македонија со изборот на Владата на Бранко Црвенковски“. Од тоа прашање не е одговорен вториот дел, а во врска со него е важно да се знае и тоа дали претседателот на Република-

³⁴ Изјава на претседателот Глигоров во Париз, види: Стојан Андов, Фокус, 17.2.2022 г. стр. 45.

³⁵ Изјава дадена во кампањата за парламентарни и претседателски избори.

³⁶ Средбата се одржала на 2 октомври 1995 г.

та реагираше или не реагираше на определени политики и одлуки на Владата на Бранко Црвенковски со кои можело да ѝ се нанесат или со кои ѝ биле нанесени штети на Република Македонија и на нејзините граѓани.

Со изборот на Владата на Бранко Црвенковски, се постигна висок степен на согласност меѓу претседателот на Републиката и Владата на Република Македонија. Нивните политики и одлуки и нивното политичко дејствување беше воедначено до толкав степен што може да се заклучи дека двата колосека на извршната власт, тој на претседателот и тој на Владата, како да се сплотија во единствен колосек и во единствено политичко и правно тело кое, секогаш, настојува(ше) да реализира исти намери. Се разбира дека тие две извршно-политички власти и државно-правни институции, уставно и законски, имаат посебни надлежности, без оглед дали станува збор за самостојни права или за споделени (поврзани) права на одлучување. На тоа рамниште, станува збор за одделни надлежности кои, процедурално и формално-правно, се реализираат со одделни одлуки на претседателот на Републиката и на Владата на Република Македонија.

Значи, кога тврдиме оти двата колосека на извршната власт, таа на претседателот и таа на Владата, се сплотиле и уедначиле, станува збор за претходно нивно фактичко и неформално уедначување на политиките и одлуките кои потоа, процедурално и формално-правно, се донесуваат издвоено, според уставните и законските норми.

Таа практика на консултација и на размена на мислења и ставови за одлуки што требаше да ги донесе Владата, или за мерки и активности што планираше да ги преземе некое министерство, постоеше од почетокот до крајот на мандатите на Владата на Бранко Црвенковски и на претседателот на Републиката Киро Глигоров. Се разбира, премиерот беше тој кој одеше кај претседателот, било сам, било со неког – нему близок министер; со министерот за внатрешни работи, а ретко и со некој друг министер.

На тие заемни „сеанси“ меѓу претседателот на Републиката и премиерот на Владата се разгледуваа и договараа ставовите и однесувањето на властите на Република Македонија кон политичките и безбедносните прашања сврзани со Србија, како и тие исти прашања сврзани со Албанците во Р Македонија и со мешањето на Албанија и на Косово во односите меѓу албанските партии во Македонија и македонските власти. Сепак, најзначајните „сеанси“ меѓу врвните носители на извршната власт во Р Македонија се однесуваа на т.н. трансформација на општествениот капитал, т. е. на прашањата и процесите на приватизација на општествениот капитал.

Хронолошки, својата актуелност, прво, ја наметнаа настаните сврзани со Р Србија и со односот на македонските власти кон воспоставеното меѓународно ембарго кон неа³⁷, т. е. кон сите прекугранични случувања меѓу Р Македонија и Р Србија.

Македонските власти го разбраа и го третираа меѓународното ембарго кон Србија (фактички) како шанса за големи финансиски придобивки. Знаејќи дека може да настапи вистинска анархија од неконтролирано кршење на ем-

³⁷ Ембаргото кон Србија било востановено на 25.9.1991 година и траело 10 години со тоа што, почнувајќи од 1996 година, почнало постапно да се редуцира.

баргото (од кого било) и со тоа да се навлечат меѓународни санкции и за Р Македонија, највисоките носители на извршната власт во Р Македонија, неформално, се договориле: тие да решаваат – кој, што и колку да пренесува преку граница. Така, претседателот на Републиката и премиерот на Владата, со повремено учество на министерот за внатрешни работи, станаа политичко тело кое решаваше, *de facto*, за нелегалните трговски трансакции со Србија.

Во фокусот на нивниот интерес беше контролата и регулацијата на внесувањето во Србија, пред сè, на нафтата и цигарите, но и на други важни стоки, ако имаа сознание за потреба од нив кај српските субјекти. Активноста на споменатиот план беше спроведувана според логиката на „строго контролирани доставки“ кои, одвремениавреме, можеа да бидат нарушувани од одделни моќни субјекти – што предизвикуваше преземање брзи мерки од македонските власти за да се спречи таквото „нелегитимно“ шверцување со стоки – неодобрено од „надлежната инстанција“.

Секојдневнат таква трговија со Србија од страна на носителите на извршната власт во Р Македонија беше рационализирана како еден вид помош од страна на меѓународната заедница за македонското стопанство кое, посредно, било погодено од меѓународното ембарго кон Србија. Со таа теза одеше и тезата дека споменатите активности на релација со Србија биле фактички (неформално политички) одобрени од страна на претставниците на меѓународните организации и институции присутни на теренот.

Тие тези и рационализации „не држат вода“. Авторот на овој текст, тогаш министер за одбрана, беше редовно (на десетина дена) посетуван од претставниците на ОБСЕ, на УНПРОФОР, или од страна на претставници на САД, кои секогаш носеа прецизни податоци – што и колку е префрлено преку граница со Србија во изминатиот временски интервал. Тие претставници секогаш ги прекорнуваа споменатите активности и бараа тие да престанат, а авторот на овој текст да ги запознае претседателот и премиерот со нивните ставови. Сето тоа не помогна многу (би се рекло – воопшто не помогна) за промена на односот на македонските власти кон „стоко-паричните трансакции“ на Р Македонија со Србија.

Бидејќи станува збор за многу големи суми девизни финансиски средства, останува прашањето: дали тие суми навистина станале дел од буџетот на државата и употребени за санирање на „погоденото македонско стопанство“ со ембаргото кон Србија?

Позитивниот одговор би ја потврдил рационализацијата на инволвираните носители на власта во Р Македонија во врска со големата нелегална, прекугранична трговија со Србија. Но, сепак, се чини дека токму со тие случувања започна големата и продолжителна корупција на носителите на власта во Македонија, која сè уште трае.

Според хронологијата, на второ место, стигнаа проблемите со Албанците во Македонија; со нивните демонстративни барања за преуредување на Р Македонија од унитарна во сложена држава. Од тие проблеми, нужно, треба да се издвојат сите оние барања на Албанците во Р Македонија кои се однесуваа на стекнување рамноправност со Македонците во сите области, со што би се надминала нивната реална дискриминараност во општеството и во државата.

Во врска со барањата на Албанците за преуредување на карактерот на Република Македонија како држава и за нивно добивање со територијално-политичка автономија, треба да се истакне фактот дека сите такви планови и обиди на одделни албански субјекти и средини, поддржани и поттикнати и од страна на политички фактори на Албанија и на Косово, какви што беа прогласувањето на т.н. Република Илирида, формирањето на албанска паравојска во Македонија или на албански политички институции – паралелни на македонските државни и политички институции – пропаднаа уште во почетокот на нивното пројавување³⁸, пред сè, поради неприфаќањето и спротивставувањето на САД, на Турција и на државите членки на Европската заедница на таквата политика со која би се нарушил унитарниот карактер на македонската држава.

На тој план, претседателот Глигоров и премиерот Црвенковски немаа ниту потреба ниту тешкотија за какво било дополнително дејствување. Респективната, јасна и категорична политика на европските држави, на САД и на другите големи регионални држави (како што е, на пример, Република Турција) фактички го блокираа и го обесилија мешањето на Албанија и на Косово во внатрешните работи на Р Македонија, кои покажуваа интерес за прекројување на Р Македонија како држава, поттикнувајќи ги кон таква цел албанските политички субјекти во Македонија.

Подруг беше односот на државите на Европската заедница и тој на САД кога стануваше збор за правата на Албанците како граѓани на Р Македонија и кога стануваше збор за нивниот социјално-професионален, образовен и секој друг статус како граѓани и како посебна културна, религиска, јазична и локална заедница. На тој план, за секого беше јасно дека Албанците, и како поединци и како група, беа дискриминирани речиси на секое поле во општеството и државата.

Еве некои показатели: од 1950 до 1990 година, од индекс 100 % ученици Албанци кои завршиле основно – осумгодишно образование – во училиштата за средно образование се запишале од 5,5 % до 6 %. Од 1991 до 2001 година, преминот во средното образование се движел од 6,5 % до 7 %. Може да се претпостави на кое социјално-професионално скалило можеле да се најдат Албанците во Р Македонија. На универзитетите во Македонија немало повеќе од 2 % Албанци. Во 1994 година, од вкупниот број високообразовани граѓани имало само 5,8 % Албанци кои дипломираше на кој било универзитет во Р Македонија или во други земји и држави. Во државната и јавната администрација на Р Македонија, Албанците биле 1,5 % во првата и од 5,5 % до 6 % во втората администрација. Во униформираниот дел на полицијата и во офицерскиот и подофицерскиот дел од Армијата на Р Македонија, Албанците биле застапени меѓу 1,5 % и 2%. Колку за споредба: во воениот – регрутен контингент дотогаш, до кога АРМ имала таков контингент, биле застапени со 25 до 26 %³⁹.

³⁸ Т.н. референдум за создавање на т.н. Република Илирида и за формирање албанска паравојска се случуваше во текот на 1994 година.

³⁹ Види: Славко Милосавлевски, Мирче Томовски. Албанците во Република Македонија 1945 – 1995, легислатива, политичка документација, статистика, Скопје, НИП „Студентски збор“, 1997, особено стр. 317-419; Владо Поповски, Ризван Сулејмани, Борче Давитковски: Целосна квалитативна анализа на имплементацијата на Охридскиот рамковен договор, Влада на Република Македонија – Секретаријат за спроведување на Рамковниот договор. Скопје, 2015.

Таквата нивна дискриминирана положба беше една од причините за нивно протестирање, било за социјални, политички, образовни, идентитетски или други права. Без оглед за што протестираа и што бараа Албанците – граѓани на Р Македонија – реакцијата на македонските власти, секогаш, беше насилна. Наместо поголема толеранција и разговори за надминување на состојбите и тензиите со Албанците, редовно се „разговараше“ со полициски интервенции.

Претседателот на Републиката имаше обичај да каже дека секое нивно барање било само изговор за нивни, затскриени, сепаратистички намери. Таквото негово разбирање, споделувано од премиерот, обично и од министрите за внатрешни работи (Фрчкоски и Чокревски) беше причина и мотив секогаш да се донесуваат фактички одлуки – полицијата да ги „реша“ барањата на побунетите Албанци.

Во контекст на разбирањето „на затскриените мотиви“ на Албанците, интересен е случајот со којшто беше изманипулирана претставата на носителите на извршната власт во Р Македонија и изнудена нивната одлука за справување со случајот. Станува збор за полициската интервенција во с. Радолишта, Струшко. Имено, врз основа на „информација“ од страна на КОС на Србија, во Радолишта било ускладиштено големо количество воено оружје, пренесено од Албанија, за востание на Албанците во Р Македонија.

Полицијата на Р Македонија заобиколно и „тајно“ преку планина (преку Галичица) тргнала со своите десет оклопни транспортери кон Радолишта. Применувајќи сила и уривајќи ѕидови од некои куќи за кои сметала дека се складиштата со военото оружје, конечно, нашла три стари пушки – репетирки од Втората светска војна. На крајот, било сфатено дека и КОС на Србија „работел“ на идејата: колку што е можно повеќе и на каков било начин да се нарушат односите меѓу Македонците и Албанците, што беше државна стратегија и тактика на српските власти во деведесеттите години на XX век. (Таа српска политика имаше и „кодно име“.)

Со „јазикот“ на репресијата беа потиснувани и решавани протестите на Албанците во Скопје (Битпазар и Чаир), во Тетово, во Гостивар и во Дебар, во кои имаше и жртви.

Во деведесеттите години на XX век, во рамките на заедничкиот мандат на претседателот Глигоров и на премиерот Црвенковски, најзначајно прашање кое беше правно и политички регулирано и фактички спроведувано е прашањето за т.н. трансформација на општествениот капитал, или за приватизација на тој капитал.

Приватизацијата на општествениот капитал започна со Законот за трансформација на претпријатијата со општествен капитал, донесен и стапен во сила со чинот на донесувањето на 29.6.1993 година и објавен во „Службен гласник“ на 21.7.1993 година. Моделот на трансформацијата и, особено, процесот и начинот на кој таа беше вршена создаде подруга состојба на нештата во реалноста на Р Македонија, спротивни на надежите и очекувањата на граѓаните што, според последиците, предизвика општи и долгорочни нарушувања во социјалната, стопанската, економската, демократската и, би се рекло, во секоја друга област.

Приватизацијата на општествениот капитал, формално, беше спроведувана од Агенција (на Република Македонија) која се потпираше врз наодите на

проценители што таа ги избираше, по чиешто предлози донесуваше „своја“ одлука, решавајќи за висината на капиталот на конкретно претпријатие и за моделот на неговата приватизација, кој можеше да биде: менаџерски, акционерски или некој трет модел на приватизација на утврдениот капитал.

Тоа е она што се однесува на формалната (нормативна) страна, а не на вистинската (фактичка) страна на приватизацијата на општествениот капитал на претпријатијата што требаше да се трансформира преку некој од моделите за приватизација на капиталот.⁴⁰

Осветлувајќи ја вистинската страна, толку колку што можат да бидат податливи фактите за приватизацијата на општествениот капитал во рамките на стопанските претпријатија, може да се констатира: Прво, Агенцијата за приватизација на општествениот капитал, натаму: Агенција(та), не располагаше со свој интегритет при донесувањето на одлуките. Доколку се случеше некој нејзин член да упорствува на своите предлози – наспроти другите членови кои беа „на врска“ со неформалната „централа“ (група министри со премиерот на чело), која фактички доминираше при одлучувањето за приватизација, тогаш беа наоѓани начини тој да биде истиснат од Агенцијата; Второ, вистински (неформален) фактор на одлучување беше дел на Владата на Р Македонија – премиерот, или некој од потпретседателите и министрите за финансии, за стопанство, за земјоделство или од друг ресор, но секогаш во консултација со премиерот; Трето, покрај Агенцијата, без интегритет беа и лицата проценители на вредноста на капиталот на конкретно претпријатие. Тие беа под притисок на раководителот на Агенцијата ако тој „врзуваше“ свој посебен, лукративен, интерес. Проценувачот беше под притисок и на директорите на претпријатијата, на т.н. менаџери, кои не беа без моќ или без алатки за корумпирање, било на „надлежни“ членови на Владата, било на членови на Агенцијата, или на одделни проценители; Четврто, решението за моделот на приватизацијата, по предлог на директорската структура на односното претпријатие, го донесуваше Агенцијата, се разбира, усогласно со „централата“. Најчесто користени модели за приватизација на општествениот капитал беа: менаџерскиот модел и акционерскиот модел.

Манипулцијата со процесот на приватизацијата на општествениот капитал со која им беше нанесена огромна штета на стопанството и на работниците и нивните семејства, но и на граѓаните, се одвиваше, покрај друго, и на следниов начин:

Прво, беше инсистирано, од страна на заинтересираните раководни субјекти на стопанството, да не се зема предвид книговодствената вредност на претпријатијата, туку пазарната вредност, подразбирајќи ја онаа вредност, која како цена, биле спремни да ја платат тие раководни структури. Тоа и такво разбирање натезна и стана цена на капиталот на конкретно претпријатие. Таквото решение за цената на капиталот доби поддршка и од страна на владините фактори.

⁴⁰ Од јули 1993 до 1999 година се извршени 7 измени, а од 1999 до 2015 година – 9 измени, или вкупно за 12 години имало 16 измени, што зборува дека тој многу напаѓан Закон за т.н. криминална приватизација мошне динамично се приспособувал на актуализираните интереси на одделните моќни (директорски и технократски) групи.

Второ, беше инсистирано да се смета дека капиталот на конкретно претпријатие, пресметан по „пазарна“ цена, е приватизиран според менаџерскиот модел доколку бидат платени 30 % од неговата цена, при што другиот дел би бил предмет на отплата, без тоа да има влијание врз моментот на приватизацијата на претпријатието. И тој предлог бил прифатен од Агенцијата и „аминуван“ од владините фактори. Во врска со респективниот модел на приватизација и со решението да се смета дека општественото претпријатие е приватизирано ако е платено 30 % од пазарната цена на неговиот капитал, интересна е изјавата на првиот претседател на Комисијата за борба против корупцијата, Јован Трпеновски, угледен адвокат и бивш министер за внатрешни работи во Владата на Григорие Гоговски. Јован Трпеновски, како претседател на споменатата Комисија, има изјавено дека во 77,5 % од приватизацијата на претпријатијата не била уплатена целата сума од 30 % од утврдената пазарна цена на капиталот на претпријатијата, а претпријатијата веќе станале приватна сопственост на менаџерите кои не си ги исполниле елементарните (минимални) обврски.

Трето, уште со најавата на трансформацијата на општествениот капитал и паралелно со нејзиниот процес, определен број директори на општествени претпријатија почнале да префрлаат финансиски капитал во странство и да отвараат т.н. фирми-керки. Тоа, фактички, значеше форма на крадење на дел од општествениот капитал поради фактот што не можеше да биде остварена ефикасна контрола над судбината на тој „емигриран“ капитал и над работата и трошоците на фирмата-керка, која во странство се води на лично име на тој што ја отворил и зависела од неговата волја.

Врз споменатата основа, но и врз основа на другите карактеристики на приватизацијата на капиталот која овозможи редица злоупотреби, беше поттикната нагласена корупција и појава на т.н. феномен на „швајцарски сметки“ поврзани и со менаџери, трговци, и со политичари.

Четврто, во ниту едно приватизирано претпријатие не остана сета негова претходна структура на производни единици. Новите сопственици извршиле редукција, сведувајќи ги претпријатијата на најпродуктивните и пазарно најатрактивни производни делови. На тој (и на други) начин(и) биле растурени и запустени големи делови и комплекси на стопанската производствена структура. Почнало масовно отпуштање на работниците од работа и нивно економско и социјално загрозување⁴¹. Започна масовен и непрекинат егзодус на работоспособни и витални генерации – граѓани на Р Македонија.

Петто, покрај со приватизацијата, процесот на безработицата бил зголемен и со бројните стечай на претпријатијата со општествен капитал, кои се активираа и во случаи на продуктивно способни и пазарно неопходни претпријатија, поради индивидуални или групни интереси на моќни лица⁴².

Завршувајќи го приказот, без притоа да се исцрпени сите форми на девастација на стопанските капацитети на Р Македонија и на сите последици што произлегоа од тоа, накусо и сумарно ќе ги илустрираме ефектите од приватиза-

⁴¹ Друг начин на загрозување на работниците, на пример, во рамките на акционерскиот модел на приватизација беше нивното уценување од страна на директорите: или ним да им ги про(дадат) акциите или ќе добијат отказ од работа.

⁴² Таков е случајот со стечајот на ЧИК – Куманово, по чија ликвидација во Штип беше донесена „италијанска“ фирма за производство на чевли, која згасна по десетина години.

цијата на општествениот капитал, имајќи ги предвид последиците не само од приватизацијата до 1998 година – до крајот на мандатот на Владата на Бранко Црвенковски, туку и приватизациите извршени за време на владите на Љубчо Георгиевски и на Владо Бучковски.

Ефектите од т.н. криминална приватизација на општествениот капитал на Република Македонија, општо земено, биле:

1. Пред трансформацијата, вредноста на општествениот капитал на Р Македонија била околу 9,5 милијарди долари, од кои 4 милијарди долари биле т.н. врзани инвестиции во југословенското стопанство, а 5,5 милијарди долари биле во стопанството на Р Македонија. Првите „врзаните“ инвестиции не ѝ се вратиле на Р Македонија, т. е. тие за неа биле загубени.

Вторите, по различните малверзации, биле сведени на околу 300-350 милиони долари;

2. Како последица на таквата приватизација, работниот статус го изгубиле околу 250.000 работници, што значи дека социјално загрозено билоречиси половина од населението.

И на крајот, при толку многу штети на стопанството, при евидентен грабеж на општествениот капитал и при толку многу неправди кон работниците, претседателот на Републиката Киро Глигоров не се огласи и не се спротивстави ниту еднаш на таквата (криминална) приватизација. Не дека немаше уставни и политички можности; нив ги имаше, но не пројави мотив да ги активира.

Доколку претседателот на Републиката се однесуваше заинтересирано и активно: приватизацијата да се одвива законски, праведно и во интерес на стопанството, на вработените и на граѓаните, веројатно ќе беа надминати многу флагрантни примери на противправно, на штетно и на коруптивно одвивање на трансформацијата на општествениот капитал. Со тоа ќе се намалеа економските и социјалните штети и на стопанството и на граѓаните; со тоа ќе беше значително поумерен и егзодусот на највиталното работоспособно население.

**THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC AND THE GOVERNMENTS
OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA IN THE NINETIES OF THE XX
CENTURY POLITICAL ORIENTATIONS AND MUTUAL RELATIONS**

(Summary)

The article analyzes the transformation: of a one-party to a multi-party system; of a federal status to an independent status of the Macedonian state; of social capital to private capital - and the consequences caused by that transformation in terms of their influence on international relations, on the social and economic system, as well as on the relations of the Republic of Macedonia towards the neighboring countries.

Key words: non-compliance with constitutional and legal norms; transformation of the political system; privatization of capital; corruption; Kiro Gligorov.

ЛИТЕРАТУРА

1. Документи за Република Македонија, 1990-2005, УКИМ, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2008;
2. Андов Стојан. Избрани дела. Скопје: Матица, 2018;
3. Милосавлевски Славко, Мирче Томовски. Албанците во Република Македонија 1945-1995, легислатива, политичка документација, статистика. Скопје: НИП „Студентски збор“, 1997;
4. Поповски Владо, Ризван Сулејмани, Борче Давитковски. Целосна квалитативна анализа на имплементацијата на Охридскиот рамковен договор, Влада на Република Македонија – Секретаријат за спроведување на Рамковниот договор. Скопје, 2015;
5. Тунтев Ахил, Република Македонија – прва декада (1990-1999), Скопје: МИ-АН, 2005;
6. Шкарик Светомир, Споредбено и македонско уставно право, Скопје: Матица, 2004.

Д-р Гале Галев, редовен професор во пензија на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при „Универзитетот Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ОСНОВОТ ЗА ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРИЧИНУВАЊЕ ШТЕТА ВО КОНТЕКСТ НА КОДИФИКАЦИЈАТА НА МАКЕДОНСКОТО ГРАЃАНСКО ПРАВО

347.513:[347:340.134(497.7)

Изворна научна статија

Авторот во овој труд го изложува прашањето за основот за одговорност за причинување штета и тоа во контекст на започнатата кодификација на македонското граѓанско право. Притоа, тој го става акцентот во трудот на вината и ризикот создадени од опасна ствар и од вршењето опасна дејност, како две посебно значајни основи на кои се заснова деликтната одговорност за причинета штета. Покрај определувањето на нивната правна природа како основи на одговорност, споредувајќи ги со посебните услови кои терминологски се поистоветуваат со овие, тој јасно прави дистинкција меѓу нив. Покрај ова, авторот и историски ги елаборира, односно ги проследува од времето на римското право, преку современите европски граѓански кодификации, стигнувајќи и до македонското облигационо право. Ова го прави со цел да ја утврди компатибилноста на правните решенија во нив со оние на македонското право, а сето ова во контекст на тековната кодификација на македонското граѓанско право, во чии рамки е и облигационото договорно и отштетно право.

Клучни зборови: вина, ризик, субјективна одговорност, објективна одговорност, основ за одговорност, облигационен однос, одговорност за причинета штета.

I

Пред членовите на Работната група за облигационите односи, формирана во согласност со Деловникот за работа на Комисијата за изработка на Граѓански законик на Република Македонија (во чиј состав е и авторот на овој труд), се наложи потребата од преоцена на повеќе прашања поврзани со одделни правни решенија од постојниот Закон за облигационите односи од 2001 година (со досегашните измени направени во него, а посебно оние направени со новелата од 2008 година), но и не само од него. Ова е гледано и од аспект на јуриспруденцијата, компаративното право (посебно европското), тенденциите присутни на доктринарно ниво, а и од аспект на влијанието врз нив на сè подинамичниот и неверојатно сложен технички и технолошки развој кој речиси не запира.

Во оваа пригода, авторот на овој труд се определи да го стави акцентот во него само на едно од многуте отворени прашања. Во случајов, станува збор

за основот, односно за основите за одговорност за причинета штета, сфатена уште и како посебен вид облигационен однос, односно односи. Притоа, поаѓајќи од тоа дека основот, односно основите за одговорност за причинета штета се тесно поврзани со посебните услови за настанување на оваа одговорност, нужно, излагањето во точката што следува и го започнуваме со овие услови.

II

За посебните услови, какви што се вината, ризикот од опасна ствар и опасна дејност, а во мера потребна и справедливоста, како вредносна категорија, како и заедно со нив, уште, и за општите услови (штетно дејствие, штета, причинска врска) потребни за полноважно настанување на облигационите односи за причинување штета, во правната теорија не постои единствено гледиште во поглед на нивната природа. Последново, посебно, гледано од аспект на нивната споредба со основот на кој почива и се оправдува самата одговорност за причинета штета. Кога сме кон основот, се приклонуваме кон оние автори кои прифаќаат дека под основ за одговорност за причинетата штета треба да се разбере „*причината за одговорност*“ односно „*идеја која неа (одговорноста, Г. Г.) ја објаснува разумно и воопшто*“. Од друга страна, условот односно условите за одговорноста се поврзуваат со *йоединечниите случаи на йредизвикување штејта*“, сфатени во смисла на постоење на „*фактички извор на оштетувањето одговорност*“ при дадени конкретни „*околности*“. Но, како и да е, овие теоретски дилеми натаму, на свој начин, доведуваат и до неизедначеност на пристапот кон прашањето за видовите на деликтната (вондоговорна) одговорност. Така, кај некои автори ќе сретнеме дека основите за одговорност за причинета штета се: а) *йосйооењето вина – штејта доведува до субјективна одговорност за штејта*; б) *ризикот кој йпроизлеѓува од йределена ойасна ствар или вршење ойасна дејност – штејта доведува до објективна одговорност за штејта*; и в) *која то бара йоа сйраведливоста – одговорност заради сйраведливост* (Радишић Ј., Selma J.). Кај други, пак, тоа се субјективната одговорност, објективната одговорност и одговорноста за друг (Ђорђевић Џ., Stanković S.). Поаѓајќи од, според мене, прифатливото становиште дека треба да се прави разлика помеѓу основот за одговорност и условот, се придружувам кон становиштата коишто основот го пронаоѓаат во постоењето на вината на штетникот, во создадениот ризик од него при употребата на опасна ствар или при вршењето опасна дејност, како и во справедливоста, кога на неа упатува законодавецот и, истовремено, го бараат тоа конкретните околности на случајот.

Притоа, со оглед на просторот што ми е на располагање за овој труд, моето внимание, во основа, ќе го сосредоточам на прашањето за вината и за ризикот од опасна ствар, односно од вршење опасна дејност, како два општоприфатени и посебно значајни основи на одговорноста за причинета штета. Поаѓајќи од ваквата определба, во натамошното излагање нужно се наложува тие да бидат одделно разгледани.

III

Во насока на гореизложената заложба, најнапред ќе се задржиме на вината, за потоа да го разгледаме и вториот основ за одговорност за причинета штета: ризикот произлезен во употребата на опасна ствар или од вршењето опасна дејност. При сето ова, ќе направиме доволен увид како тие биле правно уредувани и се уредени, односно како нивната правна рамка се развивала на ниво на отштетното право, посебно европското, и тоа споредено со решенијата во современото македонско отштетно право.

IV

Погоре веќе спомнавме дека со вината на страна на штетникот се поврзува субјективната одговорност за причинета штета, сфатена како посебен вид граѓанско-правна одговорност. Кај овој вид одговорност за штета, обврската за нејзин надомест произлегува од фактот што лицето (штетникот), во конкретната ситуација, не се однесува со бараната свест од него, па настанувањето на штетата или го посакува или не презема доволно дејствија да го спречи нејзиното настанување. Субјективната одговорност за причинетата штета, произлезена од вината на штетникот за сторената штета, се појавува постепено, но штом еднаш се идентификува како посебен вид одговорност, таа доволно се зацврстува што станува доминантен принцип во системот на одговорност во цивилното право. Така, таа во текот на нејзиното профилирање, посебно во средината на XIX век, со развојот на концептите за слобода и одговорност, се издигнува, ако може така да се каже, до ниво на догма и како таква долго го задржува приматот. Не навлегувајќи во различните дефиниции за вината за која, веќе спомнавме, е и врзана субјективната одговорност, за нас е важно што таа е внатрешна состојба на субјектот кој во дадена ситуација не се однесува во согласност со определените стандарди на поведение во општеството. Во облигационото право тоа е стандардот на внимание, при што вината се степенува и се појавува во два облика, како: намера (*dolus*) или невнимание (*culpa*).

Штетникот предизвикува штета со намера (намерно) кога штетното дејствие го презема со свест и волја да настапи штетната последица. Оттука, таа се јавува како најтежок вид вина. Во намерата се застапени интелектуален и волев елемент. Интелектуалниот елемент е изразен преку постоењето свест на штетникот за карактерот на неговото дејствие – неговата противправност, додека волевиот елемент укажува на неговиот однос кон штетата и штетната последица од аспект на нивното прифаќање од негова страна. Притоа, степенот на изразеност на овие елементи доведува до понатамошно степенување на намерата како: а) директна намера – кога постои и свест за противправноста на дејствието и неговите последици и изразената волја тие да настапат, односно б) евентуална намера кога штетникот е свесен дека дејствието што го презема може да резултира со штета, која, инаку, не ја посакува, но, сепак, дозволува, односно се согласува да дојде до неа. При ова, за свеста и волјата, кои го изразуваат субјективниот карактер на вината, е карактеристично што тие треба да постојат истовремено во моментот на преземањето на штетното дејствие.

Кога штетникот, пак, во конкретна ситуација или околност не се однесува со внимание кое е потребно за таа ситуација или околност, степенот на вината кај него се означува како негово невнимание. Со оглед на тоа, пак, дека во различни ситуации и околности се бара различен степен на внимание, па во зависност од степенот на пропуштено потребно внимание доведува до тоа неговото невнимание да се појавува како крајно (грубо) невнимание (*Culpa lata*), обично (лесно) невнимание (*Culpa levis*) и невнимание пројавено во вршењето на сопствените работи. Крајно невнимание постои кога штетникот во преземањето одредено дејствие не покажал степен на внимание што се очекува од просечен човек (со просечни способности, знаење и искуство, т. е. обично внимание). Обичното невнимание, пак, постои кога штетникот при преземањето дадено дејствие, не покажал внимание што се бара за конкретната ситуација односно околност, а кое е повисоко од обичното внимание. Во тој случај, за него се вели дека не се сообразил со бараниот стандард на внимание. Во одреден случај, тоа е стандардот на добар стопанственик, во друг случај стандардот на добар домаќин и во трет случај стандардот на добар стручњак. Кога во определени ситуации и околности, пак, од лицата се бара кон некои работи да се однесуваат како кон свои сопствени, при што се поаѓа од тоа дека кон нив се однесуваат внимателно, а тие пропушат да го направат тоа, тогаш се вели дека кај нив станува збор за невнимание како во сопствените работи.

V

Вториот основ за одговорност за причинета штета, кој доведува и до вториот вид одговорност за сторената штета: објективната, односно одговорност без оглед на вината, е значаен колку и првиот (вината). Во случајот, станува збор за веќеспомнатиот ризик што произлегува од одредена опасна ствар или од вршење одредена опасна дејност. Во случајов, постоењето на ризикот од опасна ствар или од вршењето опасна дејност ја супституира вината како основ за одговорност. Ова сфатено во таа смисла што при нивно постоење ако дојде до настанување на штета, за неа не се одговара поради тоа што за нејзиното настанување е виновен штетникот, туку поради тоа што таа како ризик настанала од употребата на опасната ствар, односно од вршењето на опасната дејност. Овде, дури и да постои вина на страна на штетникот, таа не се зема предвид, затоа и се вели дека одговорноста овде е објективна, односно без оглед на постоење или непостоење на вината како одреден субјективен момент поврзан со однесувањето на штетникот.

VI

Историски гледано, облигационите односи со причинување штета не постоеле во форма и содржина какви што ги познава современото граѓанско право, односно облигационото право. Во прапочетоците на цивилизацијата, овие односи тесно биле поврзани со кривично-правните, односно помеѓу нив и не се правело разлика во однос на одговорноста. За сторениот деликт, во тие рамки и за сторената штета, санкцијата била иста. Станува збор за одго-

ворноста по принципот талион (око за око, живот за живот). Со развојот на општествено-економските односи, постепено, но сигурно се наложува потребата од нивно поблиско запознавање и, оттука, врз таа основа, изградување нормативно-правен поредок што ќе соодветствува на природата на тие односи. Гледано на планот на односите поврзани со причинување штета, ова ќе доведе до тоа овие односи да почнат да се излачуваат од кривично-правните и во својот нормативно-правен израз начелото на талионот да го заменуваат со соодветен економски еквивалент. Од историјата на правото е познато дека ова излачување датира од времето на класичното римско право или, поточно, од времето на донесувањето на *lex Aquilia*. Пред тоа, не само што граѓанската одговорност се меша со казнената туку во тие релативно рани и примитивни времиња и општествени околности и состојби свеста за категоријата вина сè уште не постои. Во нејзино отсуство, доминантно било правилото: кој ќе ја предизвика штетата ќе биде должен и да ја надомести. Покрај субјективната и објективната одговорност (одговорност без оглед на вината), своите почетоци ги наоѓа во римското право. Потврда за ова наоѓаме во неколку специфични тужби кои се однесуваат на одговорност за животни и одговорност од градеж. Така, *Actio de pauperie* востановена со Законот за XII таблици на оштетеното лице му давала можност на тужба против сопственикот на животно кое му предизвикало штета неа да ја надомести во висина во која таа е појавена, при што услов бил оштетениот на местото каде што е направена штетата да се затекнал на законски начин. Во тој случај, сопственикот бил обврзан или да го плати целиот износ на штета или да му го предаде животното на оштетениот. *Actio de deiectionis vel effuses*, пак, била тужба која се поднесува за надомест на штета настаната со исфрлање предмети од стан поради што страдал минувач или се оштетил туѓ имот. Притоа, сопственикот или лицето кое живеело во станот се „осудувало“ на парична казна во определен износ во случај некој да бил убиен или на плаќање двојна штета ако била оштетена туѓа ствар. Како и да е, и кај двете тужби не се барало постоење вина кај лицето што ја причинило штетата, па оттука и заклучокот дека одговорноста на ова лице била објективна.

VII

Во секој случај, со стапувањето на историската сцена на концептот на вината, се појавува и сфаќањето за субјективна одговорност за причинета штета кое останува до ден-денес. Во современото право, гледано од нормативно-правен аспект, сè до триесеттите години на 19 век субјективната одговорност (која почива на вината) е единствениот вид одговорност за причинета штета. Ова најдобро може да се види од решенијата во познатите граѓански кодификации од тоа време (Наполеоновиот граѓански законик од 1804 година, австрискиот Граѓански законик, од 1811 година, србијанскиот Граѓански законик од 1844 година и сл.).

Објективната, одговорност за причинета штета, пак, сфатена во денешна (модерна) смисла на зборот, како одговорност без оглед на вина, формално-правно прв пат на правната сцена се појавува во Прусија со донесувањето на Законот за железницата од 1838 година. Според член 25 од овој закон: „Же-

лезничката комисија е должна да ја надомести целокупната штета која настанува на лицата и ствариите во железничкиот промет или на други лица и на нивните ствари; од оваа обврска може да се ослободи ако докаже дека штетата е предизвикана по соодветна вина на оштетените или од други неосигурливи околности. Оваа карактеристика на претпријатието не може да се смета како околност која ослободува од обврската на надомест на штета“. Во секој случај, ова правило претставувало голем напредок, споредено со дотогашното владејачко становиште: одговорноста за штета да се бара исклучиво во постоењето вина на страна на преземачот на противправното дејствие. Меѓутоа, колку и да претставувало новина донесувањето на овој закон во доменот на одговорноста за штета, сепак, германското цивилно право на начелно ниво останува „верно“ на вината како примарен основ врз кој се заснова одговорноста за причинета штета, а слично на Германија постапила и Австрија. Од 1811 година, кога е донесен Општиот граѓански законик на Австрија, па сè до 1869 година, основно начело за одговорност за причинета штета, па дури и за штетата причинета од животни, претставува начелото на докажана вина. Во споменатата година (1869) е донесен Законот за одговорност на железничките претпријатија за телесни повреди и за усмртување на лица, со кој во Австрија првпат е воведена одговорноста без оглед на вина, и тоа на железницата како субјект кој врши опасна дејност со воведување во сообраќај на средство (возот) кое, како и во случајот на Прусија, создава, исто така, зголемена опасност. Притоа, ова не смее да се разбере дека Законикот воопшто не содржи поединечни одредби што ја допуштат одговорноста без вина за случаи кои не влегуваат во категоријата опасна дејност или опасни ствари. Напротив, има повеќе такви случаи. Имајќи предвид дека Граѓанскиот законик на Кралска Србија од 1844 година е скратена преведена верзија на австрискиот, и за него важи тоа дека за сторената штета по правило се одговара врз основа на вина. Во контекст на претходните два закона ќе го спомнеме и Општиот имовински законик на Црна Гора од 1888 година (кој заедно со претходните, на ниво на правни правила, се применуваше во поранешна Југославија сè до донесувањето на Законот за облигационите односи од 1978 година). Тој, освен за штета направена на трети лица при поставување водоводни цевки за наводнување на свој имот, како и сите горенаведени законици, ја предвидува вината како основно начело на кое е заснована одговорноста за причинета штета. За разлика од Германија и од другите горенаведени земји, кои никогаш не ја воведоа на општ план, односно не ја прифатија објективната одговорност, во Франција, диктирана од новонастанатите реални состојби, со сè поголемиот број предмети и дејности опасни по себе, при нивната употреба и местоположба и сл., на општо ниво беше прифатена речиси еден век по донесувањето на *Code Civil* од 1804 година. Тоа се случи во 1896 година, но не со изменување и дополнување на Законикот (вината остана негово основно начело сè до денес) или со донесување специјални закони за одделни области. За ова е заслужна судската практика, се разбира, во голема мера потпомогната и од правната доктрина. Во потврда на тоа зборуваат повеќе одлуки на Касациониот суд во Франција, но една од најзначајните е токму онаа од 1896 година. Имено, Касациониот суд на Франција, решавајќи во жалбена постапка, ја поништил пресудата на понискиот суд со која не биле прифатени наводите на тужителката за надомест на штета на-

станата од загинавање на нејзиниот сопруг од експлозија на парниот котел на транспортниот брод (реморкер) со кој тој управувал пловејќи по реката Лаора. Основниот наод на понискиот суд бил дека тужителката немала право на надомест на претрпена штета затоа што не била докажана вината на сопственикот на реморкерот. Спротивно од тоа, Касациониот суд застанал на становиштето дека во случајот не се работи за одговорност врз основа на вина, туку за одговорност во согласност со член 1384 став 1 од *Code civil*, според кој не се бара вина на сопственикот. Поништувајќи ја првостепената пресуда, овој суд утврдил дека во конкретниот случај експлозијата на парниот котел настанала како последица на одредена мана во конструкцијата за која не може да се бара вина кај сопственикот. При ваква состојба, сопственикот, според судот, за да може да се ослободи од својата одговорност, морал да докаже дека експлозијата настанала од виша сила (*vis major*), по вина на самиот оштетен или, пак, дека до неа е дојдено по вина на трето лице. Оваа пресуда се зема за камен-темелник затоа што овозможила, без измена, на Граѓанскиот законик од 1804 година да му вдахне нов дух. Во таа смисла, ќе прочитаме кај R. Saleilles дека судската практика претставува „*Судски парламенти во постојано заседавање кој заправо има задача на ствариите извештени норми да им даде дух на современоста*“. Инспириран од духот на оваа значајна судска одлука, францускиот Парламент, во 1898 година, го донесува Законот за повредените на работа, како специјален закон, во кој на идентичен начин е уредено прашањето за одговорноста на сопствениците за штета причинета на работниците од сите видови повреди настанати при работа. Притоа, основен белег на оваа одговорност е што за неа се одговара без оглед на вината на сопственикот на претпријатието. Кога сме кај влијанието на судската практика во Франција врз воведувањето на објективната одговорност за штета настаната од ствари, заслужува посебно да се спомне барем уште една одлука на Касациониот суд која има посебно значење, гледано од аспект на создавање единствена судска практика. Во случајот станува збор за познатата пресуда именувана како *Jand heur*, донесена на заедничката седница на 13 февруари 1930 година, за која во правната литература ќе прочитаме дека претставува „*славен стоменик на француската практика*“. Основната вредност на оваа пресуда е во тоа што по нејзиното донесување, со аргументите што ги нуди, престанува да се врши разликување помеѓу стварите на: опасни и неопасни, подвижни и неподвижни, придвижени од страна на човек или пасивни во предизвикување штета. Според неа, прво, одговорноста за штетата е врзана (заснована) за самото чување на стварите, а не за самата ствар, и, второ, со нејзиното донесување дефинитивно е напуштен концептот за претпоставената вина и, наместо тоа, се воведува нов поим „*прејидејствена одговорност*“. И во неа, како и во претходно цитираната пресуда од 1896 година, е предвидено дека „*оној кој има под свое чување ствар без животи која предизвикува штети на друѓе, може да биде ослободен само со доказ на виша сила или со надворешна причина која не може да му се прејиде; не е доволно да се докаже дека не направил никаква прешка или дека причината за штетата илему била нејозната*“. Во секој случај, овој начин на воведување на објективната одговорност за направена штета, на правната сцена во Франција, без да се измени постојниот текст на *Code Civil*, бил постигнат преку „*интерпретирање на овој текст не како што сакале неговите редактори, туку како што тоа барал*

моментот на неговата примена“. Во таа смисла, во правната теорија ќе прочитаме: „Таа слободна интерпретација на текстовите е изразена преку максимата – покрај законите, но низ законите (*Au dela du Code Civil, mais par le Code civil*)“. За разлика од тоа, кога станува збор за штета што можеле животни да ја причинат на одредено лице, прввремено, во согласност со член 1835 од *Code Civil*, се одговарало врз основа на претпоставена вина на имателот на животното, а во 1885 година, повторно под влијание на судската практика, овој вид одговорност е објективна. Додека, пак, одговорноста за штета настаната од уривање зграда или дел од нејзината конструкција, од самиот почеток на донесување на цитираниот законик, е објективна. Одредено време во судската практика, член 1386, со кој е уредена овој вид одговорност, бил применуван и како општо правило за штетата причинета од опасни ствари. Но, со донесувањето на горечитираната пресуда на Касациониот суд од 1896 година, со која во согласност со член 1384 став 1 од Законикот, како општо правило за надомест на штета причинета од ствари е прифатена објективната одговорност, одредбата од член 1386 останала да се применува само за штетите настанати од уривање згради или делови од нив. Како и да е, од изнесено не смее да се изведе заклучок дека во Франција, освен *Code Civil*, во кој судската практика најде основа за објективната одговорност (член 1834 став 1), и специјалниот Закон за повредите на работа од 1898 година, не постојат други специјални закони со кои е предвидена објективна одговорност за причинета штета. Напротив, такви постојат, но, и при нивно постоење, сето она што го направи судската практика во Франција претставува придонес во доменот на правото кој до ден-денес не е надминат, односно придонес што не изгубил нешто од своето значење. Меѓу другото, судската практика беше и причина што во Франција се создаде богата доктринарна расправа за одделни прашања со кои се среќаваа судовите секојдневно. На овој начин судовите, од една страна, и научните работници, од друга страна, станаа и зависни едни од други и полезни едни на други.

Во контекст на изложеното, сосема накратко ќе се осврнеме уште и на англосаксонското и на руското право. Во англосаксонското, како и во континенталното европско право, основно начело на кое почива одговорноста за причинета штета е начелото на вина, и тоа докажаната вина. Но, паралелно со тоа, овој систем познава и случаи на објективна одговорност (одговорност без оглед на вина). Така, како камен-темелник на доктрината за објективна одговорност се зема случајот *Rylands v. Fletcher*. Од пресудата за овој случај, јасно се гледа дека основот за одговорност за опасни дејности е ризикот што произлегува од нив. Слични се и правилата во поглед на одговорноста за штета сторена од животни. Руското право, кое овде последно го споменуваме, исто како и другите, ја издигнува вината на ниво на свое основно начело за одговорност за причинета штета. Со таа разлика што, според ива право, наместо докажување, вината се претпоставува. На тој начин целта на законодавецот е да ја олесни положбата на оштетениот. При ваква уреденост на вината, единствено што требало да стори оштетениот е да докаже дека од одредено дејствие на штетникот му е причинета штета. Во тие дејствија влегуваа и изворите на зголемена опасност. Меѓутоа, имајќи го предвид фактот дека од ден на ден штетите настанати од извори на зголемена опасност (како што се наречени во ова право) стануваат сè почести, и ова право не останува имуно на овој факт. Имено, тоа

во новелираниот Граѓански законик на РСФСР од 1961 година ја предвидува и одговорноста за причинета штета без оглед на вината на штетникот. Така, во член 454, тој предвидува: „Организациите и граѓаните чија дејност е поврзана со зголемена опасност за околината (транспортни организации, индустриски претпријатија, градилишта, поседувачи на автомобили и сл.) се должни да ја надоместат штетата причинета со извор на зголемена опасност, доколку не докажат дека штетата настанала од виша сила, или од зла намера на оштетените“. Во современото руско граѓанско право, пак, уредено со Граѓанскиот законик на Руската Федерација, општите основи за одговорност за штета се содржани во член 1064, кој предвидува „Штетата предизвикана на лице или имот на граѓанин и исто така штетата предизвикана на имотот на правно лице ќе биде предмет на намурување во целост и ситрано на лицето што ја предизвикало. ... (2) Лицето што ја предизвикало штетата се ослободува од обврската да ја надомести ако докаже дека штетата е сторена не по нејова вина. Со закон може да се предвиди надомест на штетата вклучително и во случаите кога нема вина на ситраната на лицето што ја предизвикало штетата“. Правното решение, пак, од член 1079 предвидува правила за одговорност за штета предизвикана од дејност која создава зголемена опасност за опкружувањето. Според овој член, „(1) Правните лица и граѓаните, чија дејност е поврзана со зголемена опасност за опкружувањето (употреба на превозни средства, механизми, електрична енергија со висок напон, атомска енергија, експлозивни супстанции, отрови со силно дејство и др.; преземање на тежок работи и други дејности поврзани со нив) ќе има обврска да ја надомести штетата предизвикана од изворот на зголемена опасност, освен ако не докаже дека штетата настанала како резултат на виша сила или намера на оштетените“. Судот може да го ослободи имателот на извор на зголемена опасност од одговорност во целост или делумно, врз основите предвидени со параграф 2 и 3 на член 1083 на овој законик“.

VIII

Во македонското право, почнувајќи од 1978 година кога стапи во сила Законот за облигационите односи (како сојузен), преку донесувањето на македонскиот Закон за облигационите односи во 2001 година и неговата голема новела во 2008 година, вината и ризикот се јавуваат како основи на одговорноста за штета.

Со член 154 од сојузниот Закон за облигационите односи, односно член 141 од македонскиот Закон за облигационите односи на идентичен начин се уредуваат основите на одговорноста и тие се огледаат во вината и во ризикот од ствари и опасни дејности. Така, најнапред се определува вината како основ за одговорност, што се огледа во став 1 на цитираните членови, во кој се вели: „Тој што ќе му причини штетата на друг е должен да ја надомести доколку не докаже дека штетата настанала без нејова вина“. Понатаму, во членовите 158–163, односно во членовите 145–150 се уредени прашањата на утврдување на постоење вина и основите за исклучување вина. Во поглед на одговорноста без оглед на вина, законите предвидуваат начелна одредба (член 154 ставови

2 и 3, односно член 141 ставови 2 и 3) според која „(2) *За штејта причинета од непредмети или дејносии од кои произлегува зголемена ојасносии од штејта за околината се одговара без ојлед на вина. (3) За штејта без ојлед на вина се одговара и во дружи случаи предвидени со закон*“. Карактеристично за овој период на уредување на ризикот како основ за одговорноста е дека законот не дава посебна дефиниција за тоа што ќе се смета за опасна ствар, односно опасна дејност, па тоа е оставено на судската практика која во посебни случаи ќе определува дали стварта, односно дејноста преставуваат зголемена опасност за околината. Но, она што, исто така, е карактеристично е дека и пред донесувањето на Законот за облигационите односи од 1978 година во судската практика се сретнува одговорноста врз основа на ризик од опасни ствари (на пример: гума на моторно возило, одвојување тркала на моторно возило, градежништво, железница, лифт, експлозија на топовска граната), односно опасни дејности (падобранска, пожарникарска, рударска дејност и сл.). Ваквата тенденција на давање конкретна содржина на поимите опасна ствар и опасна дејност продолжува и по донесувањето на Законот за облигационите односи од 1978 година, па така во судската практика како опасни ствари се среќаваат: животни, лифтови, авиони и падобрани, но и стаклено шише кога е под притисок, дрво кое е одвоено од земјата, топлински постројки и инсталации, а како опасни дејности, на пример, поправки на пат со помош на багер.

Новелата на Законот за облигационите односи на Република Македонија, во поглед на основите на одговорност, донесе неколку значајни измени. Иако начелната одредба за основот за одговорност (член 141) остана иста, се прецизираше одредбата за постоење вина (член 145) и се даде конкретна дефиниција на поимите опасна ствар и опасна дејност. Така, во член 145 се додадоа два нови става кои се однесуваат на докажувањето на вината, притоа се прецизира дека во случаите на штета сторена со намера или крајно невнимание, товарот на докажување на нивното постоење е на оштетениот (став 2), додека кога е во прашање обично невнимание или друг помал степен на невнимание, товарот на докажување на нивното непостоење е на штетникот.

Во поглед на одговорноста врз основа на ризик, со Законот за облигационите односи, сега, врз основа на судската практика е прецизирано дека опасна ствар е ствар, подвижна или неподвижна, чија употреба, особина или самото нејзино постоење претставуваат зголемена опасност од настанување штета за околината, додека опасна дејност е дејност чие вршење претставува зголемена опасност од настанување штета за околината.

IX (резиме)

Ако компаративно се набљудува постигнатото ниво на правна уреденост на облигационите односи на постојното македонско право, може да се заклучи дека ова, земено како целина, претставува солидна основа која во голема мера кореспондира со компаративните правни системи на европско ниво, но и пошироко. Ова еднакво се однесува и на основите за одговорност за причинета штета (вината и ризикот). Тоа значи дека тие се современо дефинирани и, што е посебно значајно, се изедначени во поглед на нивната важност како основи за

настанување на граѓанско-правната одговорност за причинета штета. Притоа, изнесено овде не смее да се сфати дека во понатамошниот тек на кодификацијата, која се очекува да биде донесена, нема да биде потребно нешто да се менува и да се дополнува. Напротив, јавната расправа која се води за облигационите односи на ниво на судските институции и институциите што се тесно поврзани со нив (какви што се Адвокатската комора, Нотарската комора и Комората на извршители, трговските комори, Државното правобранителство и Народниот правобранител) се очекува дека ќе наложи одредени правни решенија повторно да се преоценат и, по потреба, поинаку да се уредат. Секако, свое влијание на ова ќе има и правната регулатива која се креира на ниво на институциите на Европската Унија, но и пошироко.

**THE BASIS FOR LIABILITY FOR CAUSING DAMAGE IN THE
CONTEXT OF THE CODIFICATION OF MACEDONIAN CIVIL LAW**

(Summary)

In this paper, the author presents the issue of the basis of liability for causing damage in the context of the initiated codification of Macedonian civil law. The author discusses both the system of fault-based liability for damage as well as the liability arising from risk by dangerous objects and by performing a dangerous activity, as two particularly important bases on which tort liability for the caused damage is based. In addition to determining their legal nature as bases of liability, comparing them with the special conditions for liability that are terminologically identified with these, he clearly makes a distinction between them. In addition to this, the author elaborates them historically, i.e. traces them from the time of Roman law, through modern European civil codifications, reaching the Macedonian Law of Obligations. He does this in order to determine the compatibility of the legal solutions in them with those of the Macedonian law, and all this in the context of the current codification of the Macedonian civil law, within which is also the obligation contract and compensation law.

Keywords: fault, risk, subjective liability, strict liability, basis for liability, obligations, liability for the damage caused.

Dr, Dr. h.c. Dušan Nikolić,

Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

O AUTORSKOPRAVNOJ PRIRODI SUDSKIH SPISA

347.95:347.78

изворна научна статија

Za odluke i druge sudske spise važi poseban autorskopравни režim. Iako imaju sva obeležja autorskog dela, njihovim tvorcima (autorima) nisu priznata autorska prava. Sudske odluke su izuzete od autorskopravne zaštite. U radu su detaljnije razmotrena rešenja koja postoje u pravnim sistemima angloameričkog tipa, evropskog kontinentalnog tipa i u pravnim sistemima koji predstavljaju sintezu ta dva modela. U tom kontekstu analizirano je koliko logika i ustrojstvo određenog tipa pravnog sistema ostavljaju prostora za kreativnost sudija i originalnost njihovih odluka; koliko je originalnost prepoznatljiva i priznata (u struci, nauci i široj javnosti) i, da li je sudijama priznato autorsko pravo na (originalnim) sudskim odlukama. Istraživanje ukazuje na to da jedino u pravnim sistemima angloameričkog tipa, u kom ključnu ulogu u oblikovanju prava imaju sudovi, postoji određena vrsta personalizacije tzv. *istorijskih odluka*, koje kreiraju sudije najviših sudova. Tvorci ostalih odluka (sem onih koje su izazvale medijsku pažnju) ostaju nepoznati široj javnosti.

Pisac ovoga rada smatra da u epohi ekspanzije i jačanja sudske vlasti koja dobija (ili prisvaja) sve veća i značajnija ovlašćenja treba stvoriti normativnu osnovu za autorizovanje i javno personalizovanje sudskih odluka. Donosioci presuda bi time dobili odgovarajuće priznanje u stručnoj i široj javnosti. Sa druge strane, trebalo bi da javnost zna i ko je doneo odluke koje su proizvele negativne efekte po pravni poredak i društvenu zajednicu.

Sudske odluke bi mogle ostati u posebnom pravnom režimu tako što bi njihovim kreatorima, s jedne strane, u javnom interesu i dalje bilo uskraćena (ili ograničena) imovinska i, sa druge strane, priznata samo pojedina neimovinska (moralna) ovlašćenja, poput prava paterniteta, odnosno, prava sudije da odluka koju je kreirao bude označena njegovim imenom i dr. Drugim rečima, sudske odluke bi trebalo tretirati kao svojevrsna autorska dela (*sui generis*), na kojima postoje sužena autorska prava. Time bi bila uspostavljena ravnoteža između javnih i privatnih interesa.

Ključne reči: sudske odluke; autorsko pravo; poseban pravni režim

UVOD

Ovaj tekst, delimično pisan u maniru kratke naučne forme¹ posvećen je Arsenu Janevskom, uglednom profesoru Univerziteta u Skoplju, čiji se sedamdeseti

¹ Radovi u oblasti društvenih nauka postaju sve duži. Na to posebno utiču mnogobrojne napomene (*footnote* ili *endnote*) u kojima se navode impresivni nizovi tekstova drugih autora zasnovanih na identičnom stavu. Savremeni pisci na taj način dokazuju svoju akademsku čestitost i umanjuju rizik od toga da budu optuženi za plagijjat, pa čak i za ponovno navodjenje sopstvenog mišljenja (tzv. *samoplajijat*). Istovremeno, široko je prihvaćeno stanovište da se pozivanjem na radove drugih autora može dokazati ispravnost sopstvenog stava i da je argumentacija čvršća ako je spisak istomišljenika duži. Savremena pravna nauka tako postaje sve manje analitična i sve više deskriptivna. Formalizam potiskuje suštinu.

rođendan (u akademskom miljeu jubilarni) obeležava objavljivanjem posebnog zbornika, koji bi u duhu zapadne tradicije mogao da nosi naziv *Knjiga prijatelja* (*Liber amicorum*; *Book of friends*; *Festschrift*). U pravničkom svetu, ta čast se ukazuje samo istaknutim pravnicima,² najboljima među nama,³ onima za koje se smatra da su svojim radom obeležili jednu epohu. Arsen Janevski je učinio više od toga. Njegovi radovi i nastupi na naučnim i stručnim skupovima doprinosili su razvoju pravne nauke u vreme nekadašnje Jugoslavije, a nakon toga, očuvanju koherentnosti naučnih stavova, načela i pravnog sistema,⁴ u periodu u kom je na prostoru jugoistočne Evrope zavladała dezorijentacija izazvana urušavanjem sistema vrednosti, mešanjem različitih pravnih kultura,⁵ nekritičkom recepcijom normativnih rešenja iz stranih zakonodavstava, preuzimanjem pravnih standarda iz nadnacionalnog prava Evropske unije, a ponekad i zbog nametanja pravnih pravila i pravnih instituta na način koji bi se mogao okarakterisati kao svojevrsni pravni neokolonijalizam.⁶

Do pozitivnih promena bi moglo doći oživljavanjem, reafirmacijom i osavremenjavanjem tzv. *kratke forme*.

Opširnije o toj problematici u: Dušan Nikolić, *Towards a System of European Private law: Transformation of Legal Science and Legal Policy*, u: *Europäisches und internationales Privatrecht - Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag* (Helmut Grothe, Peter Mankowski, Frederick Rieländer - Herausgeber), C.H. Beck, Munchen, 2022, str. 273-280; Dušan Nikolić, *O širini teme doktorske disertacije iz pravnih nauka u: Liber amicorum: Vladimir Vodinelić* (ed.: Miloš Živković), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2019, str. 213. ete; Душан Николић, *Подела наука и њихова међусобна условљеност*, u: *Наука – стање, стратегија, перспективе*, Српска академија наука и уметности, Београд, 2016, str. 131-146.

² Dušan Nikolić, *Independence and social influence of a meritorious legal elite in Serbia*, u knjizi: *Fair reflection of society in judicial systems. A comparative study*, (ed. Sophie Turenne), Edition: Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer, Berlin – Heidelberg, 2015; Dušan Nikolić, *Sava Tekelija u evropskom pravnom kontekstu*, u: *Sava Tekelija i njegovo doba*, Budimpešta, Srpski institut, 2013, str. 73-84; Dušan Nikolić, *Influence of Distinguished Lawyers on the Development of Legal Sistem*, u: *Private Law Reform in South East Europe - Liber amicorum Christa Jessel-Holst*, (eds: Mirko Vasiljević ... et al.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 337-351; Душан Николић, *Утицај истакнутих правника на обликовање права у Европи и Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2010, стр. 183-201.

³ Arsen Janevski je diplomirao 1971. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu kao jedan od najuspešnijih studenata generacije.

⁴ O tome svedoče i ove kritički intonirane rečenice, ispisane u jednom njegovom radu, u periodu gotovo sveopšte glorifikacije panevropske integracije i zakonodavnih projekata usmerenih na harmonizaciju i unifikaciju prava: "Po našem mišljenju pojedinim odredbama ZI izvršiocu je dato diskreciono ovlašćenje koje on ne bi smeo da ima. Takva ovlašćenja mogu biti izvor brojnih sporova." Arsen Janevski, *Novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije i uloga izvršioca*, *European Lawyer Journal / Evropski pravnik*, br. 1/2007, tematski broj: *European Judicial Area / Evropski sudski prostor*, str. 99.

⁵ Opširnije u: Dušan Nikolić, *Legal Culture and Legal Transplants – Serbian report*, (nacionalni referat za Srbiju, na svetskom kongresu za uporedno pravo održanom u Vašingtonu 2010. godine u organizaciji Međunarodne akademije za uporedno pravo – *International Academy of Comparative Law*) i u tamo navedenoj literaturi.

Dostupno na: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3195/12.pdf>

⁶ O tome u: Dušan Nikolić, *Development of the Property Law in Serbia - Both Autonomous Legal Development and Legal transplantation*, u knjizi: *Private Law in Eastern Europe - Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds: C. Jessel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Tubingen, Mohr Siebeck, 2010, str. 237-267.

Usudiću se da na narednim stranicama zađem u oblast sa kojom sam imao dodira samo na početku univerzitetske karijere⁷ i da u kontekstu svojevrsnog pravnog *indertidisciplinarium*-a ukratko otvorim i razmotrim neka teorijska pitanja sa praktičnim implikacijama, koja jednim delom spadaju i u domen građanskog procesnog prava kojim se bavio, kojim se bavi i kojim će se tek baviti Arsen Janevski.

Na izbor teme je uticao nedavni razgovor sa pravicima praktičarima koji su pitali da li su nalaz i mišljenje veštaka u sudskom postupku autorska dela i po kojoj poreskoj stopi treba oporezovati naknadu za veštačenje. To, na prvi pogled sasvim prozaično pitanje, otvorilo je niz drugih. Na njega se nadovezala mnogo šira akademska rasprava o (autorsko)pravnoj prirodi sudskih odluka i drugih spisa u sudskom postupku, kako u pravnom sistemu Republike Srbije, tako i u uporednom nacionalnom i nadnacionalnom pravu.

1. Autorskopravna priroda sudskih odluka

1.1. De lege lata: sudska odluka se ne smatra autorskim delom

Prema važećem *Zakonu o autorskom pravu i srodnim pravima* Republike Srbije “[a]utorsko delo je *originalna duhovna tvorevina* autora, *izražena u određenoj formi* [italikom istakao D.N.], bez obzira na njegovu umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja, kao i dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine.”⁸ Navedeno pojmovno odredjenje je samo po sebi kontradiktorno (*contradictio in adiecto*). U prvom delu je rečeno da se status autorskog dela priznaje samo originalnoj duhovnoj tvorevini koja je izražena u *određenoj formi*, a u drugom, da je nebitan *način njenog ispoljavanja*, što zapravo znači da je *nevažno i u kojoj je formi ispoljena*. Očigledno je da su neke reči u zakonskoj definiciji suviše, a neke pogrešne. Bilo je dovoljno reći da je *autorsko delo originalna duhovna tvorevina koja je izražena - ispoljena* (i kao takva spoznatljiva barem još jednom licu). To je logično, jer autorskopravnu zaštitu treba da uživa samo ono što može biti ugroženo ili povređeno, a takva mogućnost postoji samo ako sem autora još neko može da spozna duhovnu tvorevinu, da je u intelektualnom smislu prisvoji ili/i koristi bez saglasnosti tvorca. Ako zakonodavna vlast insistira na *određenoj formi*, onda je trebalo da odredi formu koja treba da bude zadovoljena ili da odredi ko će je odrediti. Verovatno je intencija zakonodavca bila da ne ograničava slobodu umetničkog i drugog stvaralašta zagaranovanu Ustavom⁹ i da su zakonopisci nehotice upotreбили često korišćenu fraznu reč *određen/a*, koja ima varijabilno značenje u različitim kontekstima. Možda bi bilo primerenije reći: “u bilo

⁷ Kao asistent pripravnik sam imao privilegiju da na magistrskim posle diplomskim studijama pratim nastavu iz građanskog procesnog prava kod profesora Borivoja Starovića i da sa njim intenzivno saradjujem nekoliko meseci tako što sam, uz redovan rad u nastavi, prikupljao, analizirao i sistematizovao primere iz pravne prakse za *Komentar Zakona o izvršnom postupku* koji je tada pisao. V.: Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku (zakonodavstvo, teorija, praksa)*, II prerađeno i dopunjeno izdanje, Pravo, Novi Sad, 1991, str. 11. etc.

⁸ Čl. 1. *Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima*, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 - odluka Ustavnog suda i 66/2019.

⁹ “Naučno i umetničko stvaralaštvo je slobodno. Autorima naučnih i umetničkih dela jemče se moralna i materijalna prava, u skladu sa zakonom. Republika Srbija podstiče i pomaže razvoj nauke, kulture i umetnosti.” Čl. 73, st.1, 2 i 3 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

kom obliku (formi)” ili:”nekoj formi,” mada je po logici stvari i to suvišno, jer ono što iskazujemo (ispoljavamo) uvek je u nekoj formi.

Posebno odredbom istog zakona određeno je da se “Autorskim delom smatra i [...] zbirka dokumenata, *sudskih odluka* [italikom istakao D.N.] i slične građe, koja s obzirom na izbor i raspored njene sadržine ispunjava uslove [opšteg karaktera koji su određeni Zakonom – napomena D.N.]“ i da „Zaštita zbirke ni na koji način ne ograničava prava autora dela koja su sastavni deo zbirke.”¹⁰ Na kraju, u skladu sa aristotelovskim pravilima dobrog definisanja, određeno je i šta se ne smatra autorskim delom. Tom nomenklaturom su eksplicitno obuhvaćeni: zakoni, podzakonski akti i drugi propisi; službeni materijali državnih organa i organa koji obavljaju javnu funkciju; službeni prevodi propisa i službenih materijala tih organa i, što je u ovom kontekstu posebno značajno, *podnesci i drugi akti u upravnom ili sudskom postupku*.

Takvo normativno rešenje do sada nije bilo detaljnije razmatrano u domaćoj pravnoj literaturi, mada je problematično iz više razloga. Pre svega jer je njime uskraćena autorskoppravna zaštita sudijama kao idejnim tvorcima (kreatorima) sudskih odluka, a priznata onima koji od tih odluka sačinjavaju zbirke. Stav zakonodavne vlasti bi trebalo preispitati i uskladiti sa onim što bismo, parafrazirajući savremene kreatore javnih politika, mogli nazvati *novom (pravnom) realnošću* koju odlikuje jačanje *pravnostvaralačke uloge sudova*, čak i u onim pravnim sistemima u kojima sudska praksa zvanično nije formalni izvor prava.

U *Zakonu o autorskom pravu i srodnim pravima* Republike Srbije ne piše da sudska odluka nije autorsko delo, već “da se *ne smatra autorskim delom*.” To znači da joj se ne negira samo svojstvo, već da je podvedena pod *poseban pravni režim*. U udžbeniku, čiji se prvi (ko)autor Slobodan Marković decenijama smatra vodećim poznavaoцем prava intelektualne svojine u ovom delu Evrope,¹¹ toj tematici je posvećen jedan kratak pasus pod naslovom *Autorska dela koja su izuzeta iz autorskoppravne zaštite*, u kom piše: “Određeni pravopolitički razlozi nalažu da se *pojedine vrste autorskih dela isključe iz zaštite*, jer njihovo korišćenje predstavlja javni interes. Reč je o zakonskim i podzakonskim propisima, *podnescima i odlukama u upravnom i sudskom postupku* [italikom istakao D.N.], službenim materijalima

¹⁰ Čl. 5, st. 2. i 3. *Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima*

¹¹ Kao što sam napisao u kratkom kritičkom osvrtu u prvoj napomeni na početku ovoga rada, smatram da pozivanje na stavove drugih, pa čak i istaknutih pravnih pisaca nije i ne treba da bude potvrda ispravnosti stava koji iznosimo. Argumentacija mora biti mnogo dublja, zasnovana na studioznom i sveobuhvatnom promišljanju onoga čime se bavimo. Razlog za isticanje istaknutosti autora na koga se pozivam je sasvim druge prirode. Želim da u ovom tekstu koji je posvećen jednom od vodećih makedonskih profesora i naučnika spomenem još jednog mislioca iz našeg regiona koji će uskoro obeležiti isti jubilej i da na ovoj stranici ostane pisano svedočanstvo o onome što sam više puta javno iznosio, a to je činjenica da mi je Jozef Štraus (*Prof. Dr. Dres. h.c. Joseph Straus*), direktor *Maks Plank Instituta za inovacije i konkurenciju* (*Max Planck Institute for Innovation and Competition*) u Minhenu još 2005. godine rekao da je, po njegovom mišljenju, Slobodan Marković, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, vodeći poznavalac prava intelektualne svojine u jugoistočnoj Evropi. Vreme je pokazalo da je bio u pravu. Slobodan Marković je to potvrdio svojim aktivnostima u Svetskoj organizaciji za intelektualnu svojinu, kao direktor Zavoda za intelektualnu svojinu Srbije i posebno kao univerzitetski profesor. Mislim da je taj podatak važan jer govori o kvalitetu visokog obrazovanja i nauke na našim prostorima, čiji su baštinici pripadnici novih generacija iz ovog dela akademskog sveta (kojem ponekad nedostaju pouzdanje i samopouzdanje). Sve je moguće.

državnih organa i organa koji koji obavljaju javnu funkciju, prevodima propisa, podnesaka, upravnih sudskih odluka i službenih materijala.”¹²

Da li bi na normativnom planu moglo da bude drugačije i koji su preduslovi za to?

1.2. Preispitivanje normativnog rešenja

U savremenom svetu postoji visok stepen interakcije među različitim društvima, njihovim kulturama i pravnim tradicijama. Pravni sistemi se ne razvijaju izolovano, već sve više pod uticajem kako stranih zakonodavstava, tako i nadnacionalnog i međunarodnog prava, koje stvaraju brojne asocijacije i organizacije na regionalnom i globalnom nivou. Taj trend posebno dolazi do izražaja u domenu prava intelektualne svojine. Upravo iz tog razloga, normativna rešenja koja postoje u nacionalnom pravu treba razmatrati uporednopravno i u širem kontekstu, jer tada sve postaje mnogo jasnije. U ovom radu će to biti učinjeno apstraktnije, tipološki, na nivou sistema.

1.2.1. Prvi uslov: originalnost sudskih odluka

Sudska odluka je pojedinačni pravni akt. Svaki predmet o kom se raspravlja je slučaj za sebe. To znači da je već po logici stvari jasno da svaka od njih ima određeni stepen originalnosti. U vezi sa tim nameću se dva dodatna pitanja. Prvo treba razjasniti šta je to što odluku suštinski čini originalnom, a potom odrediti koji nivo specifičnosti je potreban da bi je smatrali originalnom duhovnom (intelektualnom) tvorevinom.

Kao što je već rečeno, navedenim Zakonom Republike Srbije je propisano da duhovna tvorevina koja je originalna, ima karakter autorskog dela bez obzira na *sadržinu i način ispoljavanja*. *Prima facie*, očigledno je da postoji logički *circulus vitiosus*. Na osnovu čega se može utvrditi da li je tvorevina originalna ako ne na osnovu sadržine i/ili načina ispoljavanja, odnosno forme? *Tertium non datur*. Eksperti Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, polazeći od *Bernske konvencije o zaštiti književnih i umatničkih dela*, smatraju da je za sticanje autorskog prava bitna *originalnost forme* u kojoj se ideja ispoljava, a ne i *originalnost same ideje* na kojoj je duhovna tvorevina zasnovana.¹³ Takvo stanoviše se uklapa u sistem vrednosti savremenog sveta u kom forma dominira nad suštinom. Na osnovu navedenog stava bi se moglo *apriori* zaključiti da sudske odluke, kao i mnoge druge tvorevine za koje je unapred propisana forma, ne mogu biti originalne i da ne uživaju autorskopravnu zaštitu. Naravno, sve je relativno i promenljivo u svetu koji se ubrzano menja. O tome odlučuju kreatori pravne politike koja treba da bude zasnovana na naučnim argumentima (*evidence based policy making*).¹⁴

Po mom mišljenju, argumente za promenu stava o (autorsko)pravnoj prirodi sudskih odluka i priznavanju autorskih prava njihovim kreatorima, (*de lege ferenda*)

¹² Slobodan M. Marković, Dušan V. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo, Beograd, 2020., str. 46.

¹³ “The ideas in the work do not need to be original, but the form of expression must be an original creation by the author.” *Understanding Copyright and Related Rights*, World intellectual property organization, Geneva, 2016, str. 8.

¹⁴ Opširnije o tome u: Dušan Nikolić, *O dislociranim institutima u građanskom pravu Republike Srbije*, u: *Odabrane teme obligacionog prava*, (ed. Marija Karanikić Mirić i Marko Đurđević), Univerzitet u Beogradu - Pravni fakultet, Beograd 2020, str. 270 etc.

treba tražiti u suštini a ne u formi. Odluka je nesumnjivo (suštinski) originalna ako se njome: 1. na nov način tumači postojeće pravilo i time menja sudska praksa, 2. ustanovljava novo pravilo za nove slučajeve kakvih do tada nije bilo u praksi i/ili 3. izlaže originalna agrumentacija. Mogućnosti za takav vid kreativnosti i originalnosti u značajnoj meri zavise od vrste, odnosno, tipa pravnog sistema u kom se odluka donosi.¹⁵ Kratak uporednopravni osvrt na tu problematiku je svakako koristan zbog već spominjane interakcije različitih pravnih tradicija i zbog činjenice da među njima postoji приметна konvergencija koja vodi u pravcu sve izraženije pravnostavaralačke uloge sudova i jačanja njihovog uticaja u čitavom svetu.

Na stranicama koje slede, biće ukratko razmotreno: 1. koliko logika i ustrojstvo određenog tipa pravnog sistema ostavljaju prostora za kreativnost sudija i originalnost njihovih odluka; 2. koliko je originalnost prepoznatljiva i priznata (u struci, nauci i široj javnosti) i, 3. da li je sudijama priznato autorsko pravo na (originalnim) sudskim odlukama.

U ovom kontekstu, predmet poređenja će biti samo tipološka obeležja pravnih sistema državne regulative koji su svojstveni zapadnoj (zapadnjačkoj) pravnoj kulturi: (angloamerički, evropski kontinentalni i mešoviti tip).

1.2.1.1. U pravnim sistemima angloameričkog tipa

Ključnu ulogu u kreiranju prava u pravnim sistemima angloameričkog tipa imaju upravo sudije. Ono se u literaturi zato naziva sudijskim (*judge-made law*). Opšta pravna pravila nastaju donošenjem presuda povodom pojedinačnih slučajeva (*case*). Njih mogu ustanovljavati samo sudovi višeg ranga (*Supreme Court of Judicature; High Court of Justice; Court of Appeal*). Odluke koji oni donose imaju karakter *presedana (precedenata)*.¹⁶ Presedani su vekovima stvarani kroz praksu sudova koji su sudili po opštem pravu (*courts of common law*) i sudova koji su sudili po pravičnosti (*courts of equity*). Otuda u zemljama angloameričkog pravnog područja postoje dve vrste precedentnog prava. Jedna je poznata kao opšte, zajedničko pravo (*common law*), a druga kao pravo pravičnosti (*equity law*). Sudije nižih sudova su dužne da dosledno primenjuju pravila iz oba podsistema koja su kreirale sudije najviših sudova. Pravna argumentacija se izvodi iz presedana (od kojih su neki stari i više vekova), a od osnivanja *Američkog pravnog instituta* 1923. godine¹⁷ i iz tzv. ristejtmenta (*Restatements of Law*) - preispitanih, modifikovanih i po oblastima razvrstanih odluka precedentnog karaktera.¹⁸

Paradoksalno je da u sistemu tzv. *sudijskog prava* većina sudija ima manje mogućnosti za kreativnost, nego njihove kolege u pravnim sistemima u kojima

¹⁵ Opširnije o vrstama pravnih sistema u: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, XVI измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2020. стр.

¹⁶ Uporediti: Simon Whittaker, *Precedent in English Law: A View from the Citadel (Precedent u engleskom pravu: pogled sa tvrđave)*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, 3/2007, str. 9-87; Mortimer N.S. Sellers, *The Doctrine of Precedent in the United States of America (Doktrina precedentu u Sjedinjenim Američkim Državama)*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, 3/2007, str. 89-131.

¹⁷ Po uzoru na tu instituciju, u Parizu je 2011. godine osnovan *Evropski pravni institut (European Law Institute)*.

¹⁸ O tome: Sanja Đajić, *Ristejtmenti prava Američkog pravnog instituta*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, 3/2007, str.133. etc.

dominira zakonska regulativa. Privilegija stvaranja opštih pravnih pravila pripada relativno uskom krugu sudija najviših sudova, koji (zbog toga) uživaju poseban ugled ne samo među pravnicima već i među pripadnicima šire društvene zajednice. Tzv. *istorijske odluke* koje su oni doneli u stručnoj i naučnoj literaturi su personalizovane tako što uz naziv slučaja nose i njihova imena. Tako se npr. na sajtu *Instituta za pravne informacije Pravnog fakulteta Kornel (Legal Information Institute, Cornell Law School)* u Njujorku, nalazi pregled *Istorijskih odluka Vrhovnog suda* od od 1790. godine, sa imenima i biografijama zaslužnih sudija koji su imali ključnu ulogu u donošenju barem jedne takve odluke.¹⁹

Istorija najviše sudske instance u SAD obuhvata više epoha od kojih je svaka dobila naziv po imenu predsednika te institucije, npr. Maršalov Sud (*Marshall Court*, 1801-1835). U stručnoj i naučnoj literaturi se za njih vezuju istorijske odluke koje su obeležile određeni period i imale poseban uticaj na određivanje pravca u kom se pravo kasnije razvijalo (*Supreme Court Landmarks*).²⁰

U angloameričkom svetu postoje i brojne nepoznanice u vezi sa tematikom kojoj je posvećen ovaj rad. Prema zvaničnim dokumentima Advokatske komore, pravnicima praktičarima u Ujedinjenom Kraljevstvu nije jasno da li su sudske odluke autorsko delo i ako jesu ko je nosilac autorskog prava. U uputstvu pod nazivom *Autorskopравни status sudskih odluka (Copyright Status of Court Judgments)* između ostalog piše da stav u vezi sa autorskim pravima na sudskim presudama nije sasvim jasan. Autorski materijal koji stvaraju uposlenici Krune tokom obavljanja svojih dužnosti, kao i većina materijala koji su kreirali ministri i državni službenici zaštićena je Krunskim autorskim pravima. Ne postoji definitivan stav o tome da li su sudske presude zaštićene autorskim pravom Krune. Mišljenje Trezorovog pravnika je da autorska prava na sudskim presudama ima Kruna, jer su sudije sluge Krune i njihove presude se donose tokom obavljanja dužnosti. Međutim, ovo nije univerzalno prihvaćen stav. Postoji i mišljenje da sudije deluju nezavisno od Krune i da oni imaju autorska prava na svojim presudama. Kontrolor Kancelarije Njenog Veličanstva (HMSO), koji je izvršni direktor i čuvar Nacionalnog arhiva, odgovoran je za upravljanje i licenciranje autorskih prava koja pripadaju Kruni, u ime Njenog Veličanstva. Stav kontrolora je da se, presude zaštićene autorskim pravom Krune mogu koristiti besplatno i bez prethodnog odobrenja pod uslovom da je naveden izvor, odnosno da je korisnik u napomeni izrazio zahvalnost (*acknowledgement*).²¹

Zbog prožimanja pravnih kultura i različitih međuuticaja, neki elementi precedentnog prava, ali i izvesne dileme u vezi sa njima, postoje i u pravnim sistemima evropskog kontinentalnog tipa, uključujući i pravni sistem Srbije.²²

¹⁹ *Historic Supreme Court Decisions – By Justice*. Dostupno na: <https://www.law.cornell.edu/supct/cases/judges.htm>

²⁰ V.: <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/supreme-court-landmarks>

²¹ *Copyright Satus of Court Judgments*, str. 1 i 2. Dostupno na: <https://www.barcouncilethics.co.uk/wp-content/uploads/2017/10/Copyright-Status-of-Court-Judgments-1.pdf>

²² Opširnije u: Dušan Nikolić, *Elements of Judge-made Law in the Serbian Legal System - Serbian national report*, nacionalni referat za Srbiju na Svetskom kongresu za uporedno pravo održanom u Utrehtu 2006. godine u organizaciji Međunarodne akademije za uporedno pravo, objavljen kao zasebno poglavlje u knjizi: *Precedent and the law*, (Ed.: Ewoud Hondius), Brussels, Bruylant, 2007, strp. 437-467.

1.2.1.2. U pravnim sistemima evropskog kontinentalnog tipa

Prema tradicionalnom učenju, pravni sistemi evropskog kontinentalnog tipa imaju sledeće karakteristike: 1. pravo stvaraju organi zakonodavne i izvršne vlasti; 2. opšta pravila se donose u formi *zakona* i drugih *opštih akata*, po unapred utvrđenoj proceduri i u okviru precizno određene nadležnosti; 3. zakon je osnovni izvor prava; 4. pravila iz drugih izvora su pravno obavezujuća samo ako je njihova obaveznost, direktno ili indirektno, utvrđena zakonom; 5. u većini evropskih zemalja pravo je kodifikovano, što znači da se pravne norme kojima je regulisana materija jedne grane (ili familje grana) prava nalaze u jednom zakonskom tekstu (*zakonik, kodeks, sistemski zakoni*); 6. pravila koja su sadržana u zakonima odlikuju se visokim stepenom opštosti i tako su formulisana da se (dedukcijom) mogu primeniti na neodređeni broj istovrsnih situacija kao i na neodređeni broj lica koja se u njima nađu; 7. ustaljeno je pozivanje na pravna načela, logička pravila i na apstraktne pravne kategorije; 8. sudovi sude na osnovu opštih pravila sadržanih u ustavu, zakonu i drugim opštim aktima; 9. sudovi nemaju moć stvaranja opštih pravila i, 10. sudska praksa nije formalni izvor prava. Takav model je zvanično postojao stolicima, od oživotvorenja principa podele vlasti, koji je u XVIII veku formulisao francuski prosvetitelj, filozof, pravni pisac i vinogradar Šarl Monteskje (*Charles de Montesquieu*) u knjizi *O duhu zakona (De l'Esprit des Lois)*, a koji su kreatori novog poretka potom ugradili u temelje pravnog sistema. Međutim, u stvarnosti je u protekla dva veka bilo bitno drugačije. Baveći se produbljenije pojedinim segmentima francuskog prava, uočio sam da je Kasacioni sud Francuske imao izuzetno kreativnu ulogu. Ona se kretala od ekstenzivnog tumačenja odredaba Građanskog zakonika (*Code civile; Code civil des Français; Code Napoléon*) iz 1804. godine i ustanovljavanja novih pravnih pravila, do kreiranja potpuno novih pravnih instituta iz kojih su proistekle čitave teorije, poput onih o zabrani zloupotrebe prava (*Théorie de l'abus de droit*) i prekomernom uznemiravanju susedstva - komšiluka (*Théorie des troubles anormaux du voisinage*). U početku su inovativne (sada već istorijske) odluke donošene *praeter legem*, da bi na kraju epohe koja na nacionalnom nivou²³ zvanično počiva na principu podele vlasti, one bile donošene i suprotno zakonu (*contra legem*). U oblasti stvarnog prava npr. o tome upečatljivo svedoče presude u slučajevima *Dor protiv Kelera (Doerr v. Keller)* iz 1855, *Badoa protiv Ondrea (Badoit v. André)* iz 1856, *Klemon – Bajar protiv Kokurela (Clément-Bayard v. Coquerel)* iz 1915. i *SCP Hôtel de Girancourt v. SCIR Normandie* iz 2004. godine. U poslednjoj u navedenom nizu (koja dotiče i materiju prava intelektualne svojine) dosegnut je vrhunac kreativnosti i ujedno vrhunac negiranja nekih od osnovnih načela privatnog prava za koja se opredelila zakonodavna vlast. Kasacioni sud je odbio apelaciju tužioca i time potvrdio stav Apelacionog suda u Ruanu (*Cour d'appel de Rouen*) da pravo svojine, nije ni apsolutno, ni neograničeno (*ni absolu ni illimité*),²⁴ mada u Građanskom zakoniku iz 1804. i dalje postoji odredba, zasnovana na postavkama *Deklaracije o pravima*

²³ Na nadnacionalnom nivou, u okviru Evropske unije, taj princip je još pre više decenija zamenjen konceptom tzv. *Novog institucionalizma (New institutioanalism)* po kom sve institucije treba da saraduju i zajednički deluju radi ostvarenja postavljenih ciljeva. Opširnije o tome u: Dušan Nikolić, *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava – Elementi za strategiju razvoja pravne regulative*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2004. i u tamo navedenoj literaturi.

²⁴ Cour de cassation - Assemblée plénière, Arrêt n° 516 du 7 mai 2004.

čoveka i građanina iz 1789. godine, u kojoj izričito rečeno da je: „svojina pravo uživanja i raspolaganja stvarima u najapsolutnijem smislu (italikom istakao D.N.), pod uslovom da se ne koriste na način koji je zabranjen zakonima i uredbama.”²⁵ To je samo jedan od primera rastućeg uticaja i kreativnosti sudija najviših sudova u pravnim sistemima evropskog kontinentalnog tipa.²⁶ Nema sumnje da su njihove odluke originalne i da su uticale na razvoj prava i društva u celini. Međutim, one nisu personalizovane na način koji je uobičajen u angloameričkom svetu. Njihovi donosioci nisu poznati široj javnosti.

Moje mišljenje je da je su sudovi dobili (ili prisvojili) prevelika ovlašćenja u vezi sa oblikovanjem pravnog sistema. Argument za tu tvrdnju je vrlo jednostavan. Organ vlasti koji donosi pojedinačne akte povodom konkretnih slučajeva, po logici stvari ne sagledava, niti ima potrebu da sagledava i projektuje kompletnu sistemsku celinu. Stvaranje pravnog sistema jeste i treba da bude u nadležnosti organa zakonodavne vlasti, kao najšireg predstavničkog tela. U protivnom, na nacionalnom nivou bi postojao tzv. *demokratski deficit* (*democratic deficit*, *democracy deficit*),²⁷ koji se u različitim oblicima javlja u Evropskoj uniji. Osim toga, zakonodavna vlast je politički (u nekim zemljama i imovinski) odgovorna za funkcionisanje pravnog sistema a time i za stanje u društvu. Naime, zakoni se donose *pro futuro* i *ex ante* da bi se njima kanalisali društveni procesi, a ne *ex post*, kao što je slučaj sa sudskim odlukama. Logično je da svako treba da odlučuje o onome za šta je nadležan i za šta je odgovoran. Sudovi su nadležni za rešavanje pojedinačnih slučajeva. Međutim, čak ni za to ne odgovaraju. Nije teško zaključiti šta to znači u uslovima tzv. *stalnosti sudija*.

U pravnim sistemima evropskog kontinentalnog tipa je pod uticajem regionalnih integracija i globalizacije nastala nelogična i po mom mišljenju, neprihvatljiva situacija u kojoj sudovi stižu ili uzurpiraju pravnostvaralačku ulogu za koju, u duhu načela podele vlasti nisu nadležni, ni pravno odgovorni, niti imaju odgovarajući kapacitet da je ostvaruju na odgovarajući način. Praksa je pokazala da čak i kada je u pitanju razmatranje pravne prirode i systemske funkcije relativno uskog pravnog instituta, sudije najčešće ne zalaze u šire kontekste i da zbog toga nastaju problemi ne samo za građane, već i za društvenu zajednicu u celini.²⁸

O posledicama loših procena pri određivanju (samoodređivanju) nadležnosti i realnih mogućnosti upečatljivo svedoče i primeri iz rada Ustavnog suda Srbije, ali i ustavnih sudova drugih zemalja²⁹ koje su recipirale institut *ustavne žalbe*.

²⁵ Član 544 Zakonika.

²⁶ Opširnije u: Dušan Nikolić, *Apsolutnost svojine u francuskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4/2014, str. 85-101.

²⁷ V.: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/democratic-deficit.html>

²⁸ O tome, sa primerom iz prakse u: Dušan Nikolić, *O položaju države u naslednom pravu Srbije*, *Studia Iuridica Montenegrina*, 1/20, str. 67- 90.

²⁹ Ustavni sudovi su karakteristični za pravne sisteme evropskog kontinentalnog tipa. Njihova osnovna funkcija je kontrola ustavnosti i zakonitosti pravnih akata. U izvornom obliku, to su usko specijalizovani organi. Sporovi u oblasti privatnog prava se tradicionalno rešavaju u postupcima pred sudovima opšte nadležnosti, koji pripadaju jedinstvenoj hijerarhijski uređenoj strukturi. Na њеном врху се налази врховни суд. Другим речима, у континенталној Европи постоји дуални институционални модел. У правним системима англоамеричког типа, пак, усвојена је монистичка концепција. Највиши (врховни) суд одлучује о уставности и законитости, а надлежан је и за решавање спорова у области грађанског права. Очигледно је да су у питању два битно различита институционална модела.

Ustavna žalba je sredstvo (instrument) kojim se omogućuje neposredna ustavnosudska zaštita ljudskih prava.³⁰ U pravni sistem Republike Srbije je uvedena Ustavom iz 2006. godine. U stručnoj literaturi postoji više objašnjenja za njeno uvođenje. Po jednom, to je učinjeno da bi se Srbija „pridružila krugu država koje su ustavnosudsku zaštitu kreirale prema načelu da svi akti javne vlasti (bez izuzetka) podležu oceni ustavnosti. Princip formalne i materijalne superiornosti Ustava se na taj način „usmerava ka njegovom vrednosnom jezgru“ – ljudskim i manjinskim pravima i slobodama, a Ustavni sud se sve više pretvara u „sud običnih ljudi (italikom istakao D.N.).“³¹ Po drugom, manje idealističkom objašnjenju, ustavna žalba je uvedena pod pritiskom prakse Evropskog suda za ljudska.³² Naime, ispostavilo se da Srbija dugo nije imala efikasno pravno sredstvo kojim se može obezbediti ostvarivanje ljudskog prava na suđenje u razumnom roku. Evropski sud za ljudska prava je to prvo konstatovao u slučaju *V.A.M. protiv Srbije*, a potom i u više drugih odluka. Među njima je često navođena ona koja je doneta povodom slučaja *Mikuljanac, Mališić i Šafar protiv Srbije*. U toj odluci je rečeno: „Sud podseća da su argumenti izneti od strane Vlade (Srbije) bili odbijeni u ranijim slučajevima (vidi *V.A.M. protiv Srbije*, br. 39177/05, st. 155, 13. mart 2007.) i ne nalazi razlog za donošenje drugačijeg zaključka u ovom slučaju.“ (...) „S tih razloga, Sud zaključuje da je u ovom slučaju prekršen čl. 13. Konvencije zbog toga što nije postojao delotvoran pravni lek u unutrašnjem zakonodavstvu koji bi podnositeljima predstavke omogućio ostvarenje prava na suđenje u razumnom roku, koje je zagarantovano čl. 6. st. 1. Konvencije.“³³

Ustavom je određeno da se ustavna žalba može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpna ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.³⁴ Ustavnim zakonom je mogućnost podnošenja ustavne žalbe proširena, tako što je propisano da se ona može izjaviti i ako je isključeno pravo na sudsku zaštitu ljudskih i manjinskih prava i slobode³⁵.

Stav Ustavnog suda Srbije je da se ustavnim žalbom štite sva ljudska prava koja su zajemčena Ustavom i to nezavisno od toga u kom delu najvišeg pravnog akta se nalaze, pa čak i da li su u opšte njime neposredno obuhvaćena. Smatra se da je dovoljno da su postala deo ustavnopravnog sistema na osnovu međunarodnih akata koji su obavezujući za Republiku Srbiju.³⁶

³⁰ Objavljen u *Službenom glasniku RS*, br. 98/2006.

³¹ Bosa Nenadić, *Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji*, Pravni informator br. 1/2008, str. 1. Dostupno na: <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/03/Bosa-Nenadicpredsednica-ustavnog-suda-RS-Ustavna-zalba.pdf>

³² V. Stevan Lilić, *Da li je ustavna žalba efikasni pravni lek za suđenje u razumnom roku*, str. 5. Dostupno na: <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/03/Ustavna-zalba-dr-Stevan-Lilic.pdf>

³³ Prema: Stevan Lilić, *op. cit.*, str. 5.

³⁴ Član 170 Ustava Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

³⁵ „Ustavna žalba može da se izjavi protiv pojedinačnog akta ili radnje državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva ili je zakonom isključeno pravo na njihovu sudsku zaštitu (italikom istakao D.N.).“ Član 82 Zakona o Ustavnom sudu (Službeni glasnik RS, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015).

³⁶ V. Bosa Nenadić, *op. cit.*, str. 2.

Ustavni sud Srbije je zauzeo i stav da predmet ustavne žalbe mogu biti odluke donete u upravnom postupku, prekršajnom postupku, krivičnom postupku, postupku za privredne prestupe i u građanskim sudskim postupcima (parničnom, vanparničnom i sudskom izvršnom). Ovo poslednje otvara niz teorijskih i praktičnih pitanja. Jedno od njih tiče se odnosa Ustavnog suda i Vrhovnog kasacionog suda. Uvođenjem ustavne žalbe u pravni sistem i prilično širokim tumačenjem njene funkcije, uspostavljena je relacija koja je strana srpskoj pravnoj tradiciji. Naime, Ustavni sud je počeo da vrši tzv. *ustavnu kasaciju* odluka sudova opšte nadležnosti, uključujući i one koje donosi Vrhovni kasacioni sud.

Po mišljenju dugogodišnje predsednice Ustavnog suda Srbije „mada odlučivanje po ustavnim žalbama može izgledati jednostavno, ipak je teško precizno utvrditi obim ovlačenja Ustavnog suda, a time i domet osnovnih prava zajemčenih Ustavom koja su merilo za ispitivanje sudskih odluka. U cilju razgraničenja „specifičnog ustavnog prava“ od „običnog zakonskog prava“, *Ustavni sud će morati da razvije niz konkretnih pravnih stavova* (italikom naglasio D.N.), uz uvažavanje doktrine ustavnosudske „uzdržljivosti“ u ispitivanju ustavnosti sudskih odluka“.³⁷ Navedena konstatacija nedvosmisleno upućuje na to da će Ustavni sud Srbije kroz sve ekstenzivnije tumačenje ustavnih normi postepeno širiti svoje nadležnosti i zalaziti u polje koje je do nedavno bilo rezervisano isključivo za sudove opšte nadležnosti. Očigledan primer za to je proglašenje neustavnim dela odredbe *Zakona o Ustavnom sudu*³⁸, kojom je bilo propisano da Ustavni sud može u slučaju povrede ili uskraćivanja ljudskog prava poništiti bilo koji pojedinačni akt, izuzev sudske odluke³⁹. U obrazloženju je rečeno: „Ustavni sud je na stanovištu da podvrgavanje sudskih odluka ustavno-sudskoj kontroli u postupku po ustavnoj žalbi, kao i izricanje mere poništaja sudske odluke povodom utvrđenja Suda da je odlukom organa sudske vlasti učinjena povreda ustavnih prava i sloboda, nije u suprotnosti niti protivureči ustavnom načelu nezavisnosti sudske vlasti, niti ustavnim određenjima da sudska vlast pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti, da su sudske odluke obavezne za sve i da ne mogu biti predmet vansudske kontrole, odnosno, da sudsku odluku može preispitivati samo nadležni sud, u zakonom propisanom postupku“⁴⁰. Proglasivši deo navedene odredbe Zakona neustavnom, Ustavni sud je drastično proširio svoju nadležnost. Usled toga su nastupile ozbiljne promene u pravnom sistemu. Pri tom nije reč samo u pitanju izmeštanje nadležnosti, već i o načinu na koji je do njega došlo. Ustavni sud je pokazao da svojom odlukom može da se izdigne iznad zakonodavne vlasti (Narodne skupštine), koja je Ustavom ovlašćena da određuje njegove nadležnosti i, ujedno, iznad najvišeg suda opšte nadležnosti – Vrhovnog kasacionog suda, koji po Ustavu ima, odnosno, treba da ima, samostalnu i nezavisnu

³⁷ B. Nenadić, *op. cit.*, str. 5.

³⁸ Službeni glasnik RS br. 109/2007 i 99/2011.

³⁹ „Kad Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povredeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt osim sudske odluke (italikom istakao D.N.), zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca. Odlukom kojom se usvaja ustavna žalba Ustavni sud će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete kada je takav zahtev postavljen.“ (član 89, stav 2 navedenog zakona).

⁴⁰ Iz odluke Ustavnog suda Srbije, IUz-97/2012, od 20.12.2012., objavljene u Službenom glasniku RS br. 18/2013.

ulogu u sistemu zasnovanom na podeli vlasti.⁴¹ U domaćim radovima i teorijskim raspravama ostalo je nezapaženo i nezabeleženo da je time učinjen još jedan iskorak u pravcu prihvatanja logike svojstvene angloameričkom pravu, u kom, kao što je rečeno, dominantu ulogu u oblikovanju pravnog sistema ima jedna institucija – najviši sud, koji vrši ustavnosudsku kontrolu i kasacionu ulogu. Takođe, treba konstatovati da se u evropsko nadnacionalno pravo i pravo pojedinih država kroz zaštitu ljudskih prava postepeno uvodi model odlučivanja koji ima sve izraženije i razvijenije elemente precedentnog prava. Normativne pretpostavke za to postoje i u pravnom sistemu Srbije. O tome svedoče odredbe važećeg Zakona o Ustavnom sudu, kojim je predviđeno da: „Ako je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno Ustavom zajemčeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda više lica, a samo neki od njih su podneli ustavnu žalbu, odluka Ustavnog suda odnosi se i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji“⁴² (italikom naglasio D.N.).

Takav metod izmeštanja nadležnosti i samovlasnog jačanja pozicije institucije nije nov i nepoznat. Na sličan način postupaju Evropski sud za ljudska prava i Sud pravde Evropske unije.⁴³ Opisani trend na nadnacionalnom i nacionalnom nivou potvrđuje i učestalo pozivanje navedenih sudova na sopstvene stavove i odluke donete povodom konkretnih slučajeva. Primer za to je i često navođena odluka Ustavnog suda Srbije koja je obrazložena na sledeći način: „Ustavni sud je zaključio da osporena presuda Vrhovnog suda Srbije nije obrazložena na način koji zadovoljava uslove iz člana 32. stav 1. Ustava, odnosno da ne zadovoljava standarde pravičnog suđenja, uspostavljene ustavnosudskom praksom i praksom Evropskog suda za ljudska prava (italikom istakao D.N.). Ustavni sud je stoga ocenio da je osporenom revizijskom presudom povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na obrazloženu sudsku odluku kao element prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava, te je ustavnu žalbu u tom delu usvojio ...“⁴⁴

⁴¹ U tekstu čiji je autor takođe sudija Ustavnog suda Srbije, sa prethodnim tridesetogodišnjim radom u sudovima opšte nadležnosti, konstatovano je da je „Ustavni sud kroz svoje pravne stavove i sudsku praksu izgradio široki koncept ustavne žalbe kao sredstva za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Za razliku od nekih država u kojima se ustavna žalba može podneti samo zbog povrede osnovnih prava ili ograničenog broja prava i sloboda proklamovanih ustavom, ustavna žalba se u Republici Srbiji može izjaviti radi zaštite ljudskih i manjinskih prava i sloboda (individualnih i kolektivnih), nezavisno od njihovog mesta u tekstu Ustava ili su ustavnopravni sistem „uneta“ međunarodnim pravilima i aktima koji obavezuju Republiku Srbiju. Predmet ustavne žalbe mogu biti pojedinačni (ne i opšti) akti i pravne radnje svih organa javne vlasti, ne samo uprave, nego i sudova, pa i zakonodavnog organa, te svih organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja.“ Katarina Manojlović Andrić, *Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe*, u: *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, (Priredila Bosa Nenadić), Ustavni sud Srbije, Beograd, 2013, str. 163 – 164.

⁴² Član 87 Zakona o Ustavnom sudu.

⁴³ Opširnije u: Dušan Nikolić, *Precedent u praksi Suda pravde Evropske unije*, u: *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, str. 231 i dr.

⁴⁴ Iz odluke Ustavnog suda Srbije, Už 85/2010, od 29.09.2011, str. 7. Ustavni sud Srbije se relativno često poziva na stavove (presedane) Evropskog suda za ljudska prava, kada obrazlaže ekstenzivno tumačenje odredaba Ustava i drugih akata. „Obaveza obrazloženja sudske odluke, međutim, ne znači da se u odluci moraju dati detaljni odgovori na sve iznete argumente (videti npr. presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Van de Hurk protiv Holandije od 19. aprila 1994. godine).“ (...) „Naime, ako je jedno pitanje od takvog značaja da zahteva izričiti odgovor, koji se ne nalazi u odluci o suštini stvari, dolazi do kršenja prava na pravično suđenje (videti npr. presudu Evropskog suda za ljudska prava u

Oslanjajući se na praksu (odluke precedentnog karaktera) Evropskog suda za ljudska prava, u vezi sa pravom na pravično suđenje, Ustavni sud Srbije je zauzeo stav da može da zalazi i u pitanja koja se tiču primene (građanskog) materijalnog prava. U više odluka je rečeno da „Ustavni sud nije nadležan da ocenjuje pravilnost činjeničnih i pravnih zaključaka redovnih sudova, osim u slučaju kada je primena merodavnog materijalnog ili procesnog prava bila očigledno proizvoljna na štetu podnosioca ustavne žalbe, što može dovesti do povrede Ustavom zajemčenog prava na pravično suđenje. S toga je Ustavni sud, u određenim situacijama, koje prvenstveno zavise od konkretnih okolnosti slučaja i iznetih ustavnopravnih razloga, nadležan da ceni povredu prava iz člana 32. stav 1. Ustava i sa stanovišta primene materijalnog prava. Na ovakav zaključak upućuje i stav Evropskog suda za ljudska prava izražen u presudi *Khamidov protiv Rusije* (italikom istakao D.N.), od 15. novembra 2007. godine (broj aplikacije 72118/01, stav 170.), u kome je taj sud konstatovano da nije njegov zadatak da donosi odluku umesto domaćih sudova koji su u najboljoj poziciji da ocene prezentovane dokaze, ustanove činjenično stanje i tumače domaće pravo, te da, u principu, Sud neće intervenisati, osim ukoliko su odluke domaćih sudova arbitrerne ili očigledno neosnovane.“⁴⁵

Nove nadležnosti ustavnih sudova upućuju na zaključak da ciklus radikalnih transformacija pravnih sistema još nije okončan. Mogu se očekivati dalje promene koje će bitno uticati na pravnu sigurnost građana i na stabilnost društvenih zajednica u kojima oni žive.

Summa summarum, očigledno je da treba imati u vidu već spominjanu *novu realnost*, koju karakteriše jačanje sudske vlasti i širenje njenih ingerencija. Kada je već tako (ili: dok je tako), trebalo bi stvoriti normativnu osnovu za autorizovanje (priznavanje paterniteta) i javno personalizovanje sudskih odluka. To bi bilo višestruko korisno. Donosioci istorijskih odluka bi time dobili odgovarajuće priznanje u stručnoj i široj javnosti. Sa druge strane, pošto velika ovlašćenja povlače i veliku odgovornost, trebalo bi da javnost zna i ko je doneo odluke koje su proizvele negativne efekte po pravni poredak i društvenu zajednicu.

U ovom kontekstu bi se trebalo osvrnuti na još jedno važno pitanje u vezi sa navođenjem sudskih odluka koje je (re)aktuelizovano u novijoj pravnoj literaturi. Prema tradicionalnom (i još uvek važećem stavu u ustavu, zakonima i pravnoj nauci), sudska praksa nije izvor prava. Međutim, u potpunosti se slažem sa mišljenjem da to ne znači da sudije u obrazloženju presuda ne mogu (ili da ne treba da) citiraju stavove iz ranije donetih odluka, naročito ako ih doslovno preuzimaju (prepisuju).⁴⁶ U pravnom sistemu evropskog kontinentalnog tipa sudija sudi na osnovu ustava, zakona i drugih opštih akata i slobodno tumači njihove odredbe, pri čemu se može osloniti na mišljenja izražena u sudskoj praksi i/ili pravnoj nauci i dr. U vezi sa tim

predmetu *Ruiz Torija protiv Španije* od 9. decembra 1994. godine). Takođe, povreda prava na pravično suđenje postoji i ako u obrazloženju nisu sa dovoljnom preciznošću navedeni razlozi na kojima se odluka zasniva (videti npr. presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Hadjianastassiou protiv Grčke* od 16. decembra 1992. godine).“

⁴⁵ Iz odluke Ustavnog suda Srbije, UŽ- 7336/2013, od 12.05.2016., str. 5.

⁴⁶ O tome: Marko Knežević, *The Citation Prohibition of the Case Law and Jurisprudence in Serbian Court Decisions: Matter of Tradition or Matter of Dogma?*, referat na međunarodnoj naučnoj konferenciji *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, održanoj na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu 2020. godine.

postoje različite obaveze u pogledu citiranja, o kojima će biti više reči u drugom radu, posvećenom nečemu što bih nazvao *sudijskim plagijatima*, koji sam počeo da pišem.

1.2.1.3. U pravnim sistemima mešovitog tipa

U pravnim sistemima mešovitog tipa relevantna materija je regulisna normama sadržanim u zakonima i opštim aktima koje donose organi izvršne vlasti, ali je ostavljena mogućnost da i (najviši) sudovi stvaraju pravo donoseći odluke precedentnog karaktera. Oni su, s jedne strane, bliski evropskom, a sa druge, angloameričkom konceptu. Međutim, to nije prost spoj dve pravne tradicije. U njima se prepliću različita normativna rešenja iz kojih izrastaju osobeni pravni instituti i poseban pravni stil. Otuda sudije u mešovitim pravnim sistemima imaju još složeniji zadatak i mnogo kreativniju ulogu, a odluke koje donose, visok nivo originalnosti.

Mešoviti pravni sistemi postoje u pojedinim državama, kao i na nadnacionalnom nivou, u okviru panevropskih integracija.

1.2.1.3.1. U nacionalnim pravnim sistemima mešovitog tipa

Mešoviti pravni sistemi državne regulative postoje u Škotskoj, Kvebeku, Luizijani, Južnoafričkoj Republici, a u nešto manje naglašenom obliku i u nekim drugim zemljama.⁴⁷

U ovom kontekstu bi trebalo ukazati na slična istorijska iskustva na našim prostorima. Mešoviti pravni sistem sa dominantnim uticajem sudijskog (precedentnog) prava je između dva svetska rata razvijan i na prostoru današnje Autonome pokrajine Vojvodine. U vreme nastanka Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1918. godine, u Bačkoj, Banatu i Baranji primenjivano je ugarsko pravno nasleđe koje su činili običaji i opšta pravila ustanovljena od strane najviših sudova. Izuzetak je predstavljalo područje nekadašnje *Vojne krajine*. U tom pograničnom pojasu prema nekadašnjoj Otomanskoj imperiji, koji je nekada bio pod neposrednom upravom *Dvorskog ratnog saveta* u Beču, primenjivan je *Austrijski građanski zakonik* iz 1811. godine. Shodno načelu pravnog kontinuiteta, sa takvom praksom je nastavljeno i nakon Prvog svetskog rata. Tako je nasleđeni dualizam ostao i u novostvorenoj državi. U jednom delu Vojvodine, primenjivano je sudsko (sudijsko) a u drugom parlamentarno (zakonsko) pravo.⁴⁸

U Vojvodini je ugarsko pravno nasleđe postepeno menjano. Neposredno nakon ujedinjenja, stavljeni su van snage svi ugarski propisi koji su bili u neskladu sa interesima nove države. Ostatak nasleđene pravne regulative je povremeno upotpunjavan, menjan ili potiskivan zakonima i podzakonskim aktima Kraljevine

⁴⁷ Tom tematikom se detaljnije bave članovi Svetskog društva pravnika (poznavaoca) mešovitih jurisdikcija (*World Society of Mixed Jurisdiction Jurists*).

⁴⁸ V: Aleksander F. Jesensky – Paša J. Протић, *Приватно право у Војводини*, Сомбор, 1922; Звонимир Пишкулић – Имре Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Београд, 1924; Глиша Богданфи – Никола Николић, *Опште право које важи у Војводини*, Панчево, 1925.; Душан Николић, *О правној традицији Војводине (поводом четири јубилеја)*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, 4/2001, стр. 111-124.

SHS (Jugoslavije).

Posebnu ulogu u razvoju vojvođanskog privatnog prava imalo je odeljenje beogradskog Kasacionog suda (Odeljenje B), koje je 1920. godine formirano u Novom Sadu. Poput nekadašnje Kraljevske kurije u Budimpešti, Odeljenje je imalo moć stvaranja pravnih pravila. Sudije tog suda su u početku primenjivale regule starog ugarskog sudskog prava i norme Austrijskog građanskog zakonika, a kasnije i relevantne propise Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Međutim, primena ugarskog pravnog nasleđa je bila prilično složena. Zbog toga je novosadsko Odeljenje Kasacionog suda sve češće stvaralo sopstvena pravna pravila, pozivajući se na relevantna pravna načela.⁴⁹ Takav razvoj privatnog prava je podržavala i tadašnja pravna nauka. Ivo Milić, profesor Pravnog fakulteta u Subotici, je u predgovoru svoje knjige *Pregled mađarskog privatnog prava u poređenju sa austrijskim građanskim zakonikom* zaključio da “gde nema pozitivnih propisa, treba bez bojazni primenjivati načela opšteg, pandektarnog prava (...) gde ni toga nema, pomoći će vrhovni zakonodavci: zdrav razum i osećaj pravičnosti.”⁵⁰ Na toj osnovi je vremenom formirana sudska praksa koja je u Vojvodini, uz Austrijski građanski zakonik i nove propise Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, smatrana izvorom prava. O tome svedoče brojne odluke precedentnog karaktera koje je Odeljenje Kasacionog suda u Novom Sadu donelo u periodu između dva svetska rata.⁵¹ O precedentom karakteru i kreativnoj ulozi jasno svedoče njihove formulacije: „*Po stalnoj sudskoj praksi*, svekar odgovara za izdržavanje snaje samo onda, ako mu sin – koji nema nikakva imanja ni prihoda – besplatno ulaže svoju radnu snagu u privredu u očevo gazdinstvo...”; „To stajalište koje se osniva *na stalnoj sudskoj praksi*, usvaja i Kasacioni sud, pa prema tom stajalištu u konkretnom slučaju potrebno je ustanoviti da li ima udovica N. M. toliko, koliko njoj treba...”; „U ovome smislu izražava se i *stalna judikatura ovoga Kasacionog suda*...”; „Prema tako utvrđenom činjeničnom stanju pak pravilnom primenom materijalnog prava ustanovio je Apelacioni sud obavezu tuženoga na plaćanje odštete tužiiteljici, jer je *stalnom sudskom praksom* utvrđeno pravno pravilo prema kojem...”; „*Po stalnoj sudskoj praksi* obavezan je na naknadu štete onaj muškarac, koji obećanjem braka liši poštenu devojkicu njezine nevinosti...”⁵²

Takav model regulisanja društvenih odnosa se pokazao kao vrlo uspešan. Ažurno je pratio promene u društvu i u visokom stepenu je zadovoljavao potrebe

⁴⁹ V.: Odluku Kasacionog suda, B Odeljenje u Novom Sadu, G: 330/1921, u *Zbirci odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (priredio: Nika J. Ignjatović), br. XI/1931, str. 136-138.

⁵⁰ Ivo Milić, *Pregled mađarskog privatnog prava u poređenju sa austrijskim građanskim zakonikom*, Subotica, 1921, str. 1.

⁵¹ V.: Odluku Kasacionog suda, B Odeljenje u Novom Sadu, Rev. I, 842/1936, u *Zbirci odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (priredio: Nika J. Ignjatović), br. XIX/1939, str. 35-36.

⁵² V.: Odluka Kasacionog suda, B Odeljenje u Novom Sadu, Rev. I, 842/1936, u: *Zbirka odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (priredio: Nika J. Ignjatović), br. XIX/1939, str. 35-36; Odluka Kasacionog suda, B Odeqewe u Novom Sadu, G. I 732-933, od 22. septembra 1938 godine, u: *Zbirka odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (priredio: Nika J. Ignjatović), br. XIX/1939, str. 39-42; Odluka Kasacionog suda, B Odeljenje u Novom Sadu, Kno 31/1937, u: *Zbirka odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (priredio: Nika J. Ignjatović), br. XIX/1939, str. 44; Odluka Kasacionog suda, B Odeljenje u Novom Sadu, Rev. 11/1937, od 7. juna 1939, u: *Zbirka odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (priredio: Nika J. Ignjatović), br. XIX/1939, str. 334; Odluka Kasacionog suda, B Odeqenje u Novom Sadu, K. 3257-1921, u: *Zbirka odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (priredio: Nika J. Ignjatović), br. XIX/1939, str. 335.

pravne prakse.⁵³ Međutim, ni u sistemu vojvodanskog privatnog prava odluke nisu bile autorizovane i u stručnoj javnosti označavane imenima sudija koje su ih kreirale.

Pravno nasleđe sa prostora Vojvodine je početkom XXI veka postalo predmet interesovanja vodećih evropskih pravnih teoretičara i komparativista koji su tragali za modelom pravne regulative koji bi mogao da posluži kao uzor za izgradnju novog zajedničkog evropskog prava (*Ius commune Europaeum*).⁵⁴

1.2.1.3.2. U mešovitom nadnacionalnom pravu Evropske unije⁵⁵

Na internet stranici Evropske unije eksplicitno je navedeno da (nadmacionalno) pravo stvaraju tri institucije (*law-making institutions*): 1. Evropski parlament; 2. Savet Evropske unije i, 3. Evropska komisija. U teoriji postoje različita mišljenja o tome kakvu ulogu u tom procesu ima Sud pravde Evropske unije. Na jednoj strani su oni koji smatraju da Sud ima moć stvaranja pravnih pravila i da su neke njegove odluke precedentnog karaktera, a na drugoj, oni koji to negiraju⁵⁶. Postoje argumenti za obe tvrdnje. Činjenica je da ni u jednom od osnivačkih ugovora ne piše eksplicitno da odluke Suda pravde imaju snagu presedana. Međutim, kao i u mnogim drugim slučajevima u kojima su otvorena pitanja koja se odnose na ustrojstvo i funkcionisanje Evropske unije, pravo stanje stvari se može sagledati tek na osnovu sistemske analize više pravila sadržanih u različitim regulativnim aktima i uz istovremeno proučavanje sudskih odluka u kojima su ona protumačena. Pri tom, treba imati u vidu činjenicu da se pozicija Suda pravde Evropske unije ne može razumeti samo na osnovu pravnih normi. Odgovore na pojedina pitanja treba tražiti u znatno širem kontekstu, na ravni komparativistike, pravne politike, pa i politike uopšte.

Sud pravde odlučuje u sporovima koji se vode između pravnih i fizičkih lica u vezi sa pitanjima za koja je nadležna Evropska unija i istovremeno se stara o doslednoj primeni primarnog i sekundarnog prava od strane država članica i nadnacionalnih institucija EU. Sa jedne strane, on predstavlja najvišu sudsku instancu, a sa druge, instituciju koja je svojevrsni zaštitnik ustavnosti i zakonitosti. Sud pravde Evropske unije očigledno objedinjuje funkcije koje u zemljama kontinentalne Evrope imaju dve institucije⁵⁷. On je istovremeno i vrhovni i ustavni sud. U tom smislu, najbliži je najvišim sudovima u zemljama angloameričkog pravnog područja. Ta činjenica je posebno važna za utvrđivanje pravne prirode odluka koje Sud donosi, odnosno, koje može donositi u okviru svojih nadležnosti.

⁵³ Opširnije o tome: Andrija Gams – Ljiljana Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1994, str. 13, 24. i dr.

⁵⁴ Opširnije u: Dušan Nikolić, *Private Law in Vojvodina in the First Half of the 20th Century: A Functional Model of a Mixed Legal System*, u knjizi: *Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II – Festschrift für Willibald Posch*, LexisNexis, Wien, 2011, str. 525 – 533.

⁵⁵ V.: Dušan Nikolić, *Precedent u praksi Suda pravde Evropske unije*, u: *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, str. 231 i dr.

⁵⁶ V.: G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, str. 9.

⁵⁷ U tom smislu: Vassilios Skouris, *The Position of the European Court of Justice in the EU legal order and its relationship with national constitutional courts*, u zborniku referata sa međunarodne konferencije *The Position of constitutional courts following integration into the European Union*, održane na Bledu 2004. godine, Ustavno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana, 2005, str. 37 i 42. (Napomena: autor je u to vreme bio predsednik Suda pravde evropskih zajednica).

*Lisabonskim sporazumom*⁵⁸ je utvrđeno da su u nadležnosti Suda pravde Evropske unije: 1. odlučivanje o prethodnom pitanju; 2. postupak po tužbi zbog ne ispunjenja obaveza; 3. postupak po tužbi za poništenje; 4. postupak po tužbi zbog nedelovanja; 5. žalbeni postupci i, 6. Nadzor.

Kao što je rečeno, Sud pravde se stara o doslednoj primeni nadnacionalnog prava. Njegov zadatak je da omogući da nacionalni sudovi na jednoobrazan način tumače i primenjuju odredbe osnivačkih ugovora i pravila koja su ustanovile institucije EU. Sud, na indirektan način, podstiče harmonizaciju pravnih sistema država članica u sektorima za koje je nadležna Evropska unije⁵⁹. U tom cilju je primarnim zakonodavstvom ustanovljen poseban preliminarni postupak u kom se odlučuje o prethodnom pitanju u vezi sa tumačenjem i primenom nadnacionalnog prava. Nacionalni sudovi i tribunal se mogu obratiti Sudu pravde Evropske unije uvek kada se povodom konkretnog slučaja otvori pitanje tumačenja relevantne odredbe primarnog ili sekundarnog prava EU, ili kada nije jasno da li je akt neke od nadnacionalnih institucija obavezujuć. Dakle, reč je o njihovom diskrecionom ovlašćenju. Sa druge strane, sud ili tribunal države članice će biti *dužan* da se obrati Sudu pravde ukoliko odlučuje u poslednjoj instanci, odnosno, ako se protiv njegove odluke ne može uložiti žalba ili drugi pravni lek. Postupak se pokreće podnošenjem predloga za odlučivanje o prethodnom pitanju (*reference for a preliminary ruling*). Međutim, nacionalni sud (ili tribunal) ne mora da traži donošenje odluke o prethodnom pitanju čak i ako odlučuje u poslednjoj instanci, ako je Sud pravde Evropske unije već iskazao svoj stav u nekoj od ranije donetih odluka o tome kako pravo glasi, odnosno, da li je određeni akt nadnacionalne institucije obavezujuć. Takav pristup je u skladu sa doktrinom jasnog akta (*acte clair*) koju je Sud pravde promovisao u jednoj od svojih ranijih odluka⁶⁰.

O značaju ovog postupka za razvoj prava Evropske unije svedoče i mišljenja pojedinih visokih evropskih zvaničnika. Jedan od prethodnih predsednika Suda pravde EU je svojevremeno izjavio da su odluke donete u postupku prethodnog odlučivanja od krucijalnog značaja za primenu komunitarnog prava. Kroz taj postupak, Sud pravde je "razvio fundamentalne doktrine komunitarnog prava (...) i snabdeo pravo EU neophodnim teorijskim zaleđem koje obezbeđuje njegovu efektivnu primenu *vis-à-vis* prava država članica."⁶¹

Po logici stvari, odluka obavezuje nacionalni sud koji je pokrenuo postupak pred Sudom pravde Evropske unije. Međutim, pitanje je da li ona proizvodi dejstvo u odnosu na ostale sudove država članica? Drugim rečima, da li ima dejstvo *erga omnes*? Opšta pravna načela koja su formulisana u odlukama važe za sve, jer predstavljaju deo pravnog sistema Evropske unije. To znači da stavovi izraženi u odlukama Suda pravde, barem kada su u pitanju tzv. istorijske odluke (*leading cases*) obavezuju i druge sudove država članica.

U ovom kontekstu se nameće i pitanje da li je Sud pravde Evropske unije vezan svojom odlukom, odnosno, da li povodom istovrsnog slučaja u buduće mora imati isti stav? Odgovor je jednostavan kada se zna kakava je pravna priroda Suda.

⁵⁸ *Consolidated version of the Treaty of the Functioning of the European Union*, Official Journal of the European Union, C 83, vol. 53, od 30. marta 2010.

⁵⁹ Vassilios Skouris, *op. cit.*, str. 38.

⁶⁰ B.: *Srl CILFIN and Lanificio di Gavardo Spa v. Ministry of Health* (C 283/81).

⁶¹ Vassilios Skouris, *op. cit.*, str. 40.

Poput najviših sudova u anglomaričkom pravu, koji donose odluke precedentnog karaktera, Sud pravde Evropske unije može odstupati od stava koji je zauzeo u nekoj od prethodnih odluka i na bitno drugačiji način odrediti svoju poziciju u odnosu na određeno pitanje⁶². U tom smislu posebno je inspirativna rasprava koja je vođena povodom tzv. *mađarskog slučaja (Cartesio case)*⁶³.

Ako nacionalni sud zanemari svoju obavezu da zatraži odluku o prethodnom pitanju ili zanemari tumačenje Suda pravde Evropske unije, fizička lica čija su prava povređena mogu, pod određenim uslovima, da zahtevaju naknadu štete od države članice. Sud pravde Evropske unije je zauzeo takvo stanovište u čuvenoj odluci povodom slučaja Kobler (*Kobler case*).

U stručnoj literaturi se ističe da postoje dva primarna izvora na koja se oslanja Sud pravde Evropske unije. To su “legislativa, u formi Ugovora EZ i sekundarna legislativa institucija EZ (uredbe, direktive i odluke) i sudska praksa (ranije odluke Suda pravde).⁶⁴” Sudije suda pravde i opšti pravobranioци se decenijama pozivaju na ranije donete odluke. U tom smislu se s razlogom može govoriti o svojevrsnom sudskom pravu koje ima sve naglašeniju ulogu u Evropskoj uniji.

U literaturi se navodi da se normativna osnova za razvoj sudskog prava i precedentnog modela odlučivanja nalazi u članu 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (ranije član 177 Ugovora o Evropskoj zajednici), kojim je regulisan opisani postupak odlučivanja o prethodnom pitanju. Po mišljenju pojedinih autora “na toj ravni, Sud je potpuno metodološki svestan da stvara novi precedent, i ako termin precedent nije korišćen.⁶⁵”

Gradeći postepeno sistem sudskog prava, Sud pravde evropske unije je proteklih decenija znatno ojačao poziciju nadnacionalnog prava u odnosu na pravo država članica. Istovremno sa tim, on je jačao i svoju poziciju u sistemu vlasti, u nekim segmentima i izvan normativnog okvira kojim je prvobitno bila definisana njegova nadležnost. Tako nešto svakako ne bi bilo moguće da nije postojala politička volja i prećutna saglasnost kreatora novog poretka u Evropi.

Profesor Dušan Šidanski, inicijator osnivanja i dugogodišnji rukovodilac Departmana za političke nauke Univerziteta u Ženevi, dugogodišnji specijalni savetnik predsednika Komisije evropskih zajednica, koji je imao značajnu ulogu u oblikovanju Evropske unije, u jednoj od svojih knjiga je napisao: “Na brojne načine Sud deluje kao “fino podešen zakonodavac, a tvorci Ugovora su baš to i hteli [italikom istakao D.N.]”⁶⁶

Očigledno je da sudije Suda pravde Evropske unije imaju izrazito kreativnu ulogu u oblikovanju nadnacionalnog prava panevropske integracije, a posredno i na razvoj pravnih sistema država članica. Neke njihove presude po značaju prevazilaze prostorne okvire Starog kontinenta i doprinose uspostavljanju novog sistema vred-

⁶² B.: John Fairhurst – Christopher Vincenzi, *Law of the European Community*, Pearson Longman, London, 2008, стр. 103.

⁶³ *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* (Reference for a preliminary ruling from the Szegedi Ítéltőábla). C-210/06. Rita Szudoczky, *How Does the European Court of Justice Treat Precedents in Its Case Law? Cartesio and Damseaux from a Different Perspective: Part I*, Intertax, vol. 37/2009.

⁶⁴ John J. Barcelo, *Precedent in European Community Law*, u: *Interpreting Precedents – A Comparative Study* (Editors: D. Neil MacCormic, Robert S. Summers), Ashgate, Dartmouth, 1997, стр. 417.

⁶⁵ John J. Barcelo, *op. cit.*, стр. 419.

⁶⁶ Dušan Šidanski, *U traganju za novim evropskim federalizmom, Gutenbergova galaksija*, Београд, 2002, стр. 62.

nosti na globalnom nivou. Autentično svedočanstvo o tome predstavlja čuveni slučaj *Gugl protiv Španije* (*Google Spain, Google Spain SL and Google Incorporated v Agencia Española de Protección de Datos ('AEPD') and Costeja González* - Judgment, reference for a preliminary ruling, Case C-131/12). Sudija izvestilac u tom procesu je bio Marko Ilešić (koji je pravničku karijeru takođe decenijama gradio na ovim prostorima, kao profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani i pripadnik plejade vodećih jugoslovenskih teoretičara kojoj generacijski pripada i Arsen Janevski). On se u međunarodnim krugovima smatra najzaslužnijim za uobličavanje tzv. *prava na zaborav* (*Right to be forgotten*) koje je od izuzetnog civilizacijskog značaja. Odjek njegovog stava u gotovo čitavom modernom svetu nije bio samo trenutni sjaj (bljesak) u briljantnoj pravničkoj karijeri, već mnogo više od toga. Analitičnost, sistemski pristup i pravna argumentacija izneta u čuvenoj odluci svedoče o intelektualnoj širini sudije Ilešića, a posredno i o dosegnutom nivou visokog obrazovanja i nauke na našim prostorima. U to sam se neposredno uverio kada sam sredinom marta 2022. u Sudu pravde Evropske unije pisustvovao pledoajeu i uvodnoj raspravi povodom slučaja C-61/21, koji je međunarodnoj javnosti nazvan slučajem XXI veka (*Affaire du siècle*).⁶⁷ Marko Ilešić, doajen te institucije je rasplintu diskusiju povodom inače, studioznog i kvalitetnog izveštaja mladog sudije izvestioca Jana Pasera (*Ian Passer*), vratio u sistemske okvire kratkim ukazivanjem na to da treba imati u vidu šta piše i šta ne piše u ugovorima o osnivanju i funkcionisanju Evropske unije.

Odluka u slučaju *Gugl protiv Španije* je izazvala izuzetno veliko inetresovanje medija širom sveta, ali je njen glavni idejni tvorac ostao u senci. Bilo bi nepravilno da tako ostane. Odluke Suda pravde EU, naročito one koje se smatraju istorijskim, trebalo bi tretirati kao autorsko delo i označiti imenom sudije izvestioca, kako u medijima, stručnoj i naučnoj literaturi, tako i u obrazloženjima odluka drugih sudija (sudova) koji se na njih pozivaju, ili, što se takođe događa, preuzimaju (prepisuju), bez navođenja (citiranja).

1.1.2. Drugi uslov: ispoljenost u određenoj formi

Kao što je rečeno na početku ovog rada, *Zakonom o autorskom pravu i srodnim pravima* Republike Srbije određeno je da će duhovna tvorevina imati karakter autorskog dela ako je iskazana (ispoljena) u određenoj formi. Forma sudskih odluka je propisana *Sudskim poslovníkom*.⁶⁸ Postupanjem u skladu sa tim aktom ispunjava se i drugi opšti uslov za priznavanje statusa autorskog dela koji je određen Zakonom. Međutim, da bi sudije mogle da stiču autorska prava i da uživaju autorskopravnu zaštitu, potrebno je da bude izmenjen psotojeći poseban pravni režim koji je ustanovljen za sudske odluke.

⁶⁷ Sud pravde Evropske unije treba da donese odluku od koje će zavistiti nastanak novog ljudskog prava – *prava građana na udisanje čistog vazduha* i odgovornost država članica EU za nepoštovanje obaveza u pogledu kvaliteta vazduha, a u vezi sa istorijskim odlukama Upravnog suda u Parizu od 3. februara 2021. i presudom Upravnog apelacionog suda u Versaju od 29. januara 2021.

⁶⁸ V.: *Sudski poslovnik*, Glava XI Oblik sudskih akata i odluka, način pisanja i potpisivanja. *Sl. glasnik RS*, 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - ispr., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018, 43/2019, 93/2019 i 18/2022.

1.2. De lege ferenda: sudska odluka kao autorsko delo *sui generis*

1.2.1. Poseban autorskopравни režim⁶⁹

Imenička sintagma (σύνταγμα) *pravni režim* postoji u pravnoj terminologiji mnogih zemalja (fr. *régime juridique*; engl. *legal regime*; rus. *управовой режим*; nem. *Rechtsregime*). Relativno često se koristi u različitim oblastima i granama prava. Srećemo je u studijama i teorijskim raspravama iz javnopravnog domena, u civilistici i što je posebno značajno, u savremenim multidisciplinarnim i inetrdisciplinarnim istraživanjima na rubnim područjima različitih grana prava.

Posebni pravni režimi su izuzetak. *Per definitionem*, oni predstavljaju odstupanje od opšteg, od nečeg što je pravnim normama ustanovljeno za sva lica i/ili za sve istovrsne situacije u kojima se mogu naći svi subjekti prava. Oni dovode pojedince ili uže društvene grupe u privilegovan ili u otežan položaj⁷⁰ u odnosu na druge i po tome se razlikuju kako od opštih, tako i od ostalih posebnih pravnih režima. Posebnost je i u ovom kontekstu relacijska i poredbena kategorija. Ona označava *izdvajanje, diferencijaciju*.

Posebno i opšte su nužno koegzistentni pojmovi, sa stanovišta posebnosti, ali ne i obratno. Nešto je opšte ako postoji (važi) za sve i onda kada nema posebnog sa kojim bi bilo poređeno. Po logici stvari, moglo bi se čak postaviti pitanje da li je nešto zaista opšte, ako postoji posebno. Naime, ono tada ne važi za sve, već samo za pojedina lica ili za pojedine situacije. Tada je to samo pitanje mere (brojčanog odnosa). *Diferencirano opšte* je, zapravo, samo manje posebno od drugog (posebnog pravnog režima), koji se odnosi na manji broj pojedinaca, uže društvene grupe i/ili manji broj istovrsnih situacija u kojima oni mogu da se nađu. Posebnost u pravu označava *suprotnost*, a u relacijskom kontekstu, *suprotstavljenost*. Ti termini asociraju na postojeću ili potencijalnu *konfrontaciju* (interesa, pojedinaca i grupa). Zato je takva situacija često prikrivena drugim, po nazivu manje iritantnim pojmovima i kategorijama, koji su ustaljeni u pravnoj terminologiji i svakodnevnom, narodnom, govoru. Najčešće se govori o *odstupanjima*, a nešto ređe i o *izuzecima*. *Odstupiti* znači *povući se* ili *povući nešto* postojeće. Povlačenjem se stvara slobodan prostor za nekog drugog ili za nešto drugo. Odstupajući od opšteg, država kao reprezent društva, omogućuje nastanak specifičnih relacija, pozicija i društvenih odnosa. Trebalo bi da to uvek bude u javnom interesu i radi očuvanja stabilnosti društvene zajednice. U pravnim sistemima državne regulative evropskog kontinentalnog i angloameričkog tipa,⁷¹ pravo, a time i pravni režim, oblikuju organi državne vlasti. Prema tradicionalnom učenju, oni su u tome suvereni i imaju regulativni monopol. Kao što je konstatovao Karl Šmit (*Carl Schmitt*) “Suveren je onaj koji odlučuje o izuzetku.”⁷²

⁶⁹ Pojedini delovi ovog odeljka su preuzeti iz: Душан Николић, Слобода Мидоровић, *Развој посебних својинскоправних режима за поједине врсте добара*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Novom Sadu, 1/2021, str. 67-92.

⁷⁰ Другачије: Галина Беляева Серафимовна, *Правовой режим: к определению понятия*, Источник Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение - Грамота, 3/2012, str. 33-35.

⁷¹ V.: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, str. 29.

⁷² Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, (Edited and translated by: George Schwab), The University of Chicago Press, 2005, str. 5.

U ruskoj nauci, koja u svetskim okvirima prednjači po broju novijih radova posvećenih toj problematici, konstatovano je da se “koncept pravnog režima sve više koristi u pravnoj literaturi i sve više utvrđuje kao jedna od najvažnijih kategorija sudske prakse. Zakonodavac vrlo često koristi fraze [...], bez njihovog definisanja. [...] Naučni i praktični značaj problema određuje činjenica da aktuelni uslovi zahtevaju ažurne pravne režime koji odgovaraju duhu vremena, povezane sa formiranjem novih političkih i državnih odnosa, sa pojavom netradicionalnih subjekata i objekata prava, sa intenzivnim razvojem različitih oblika svojine, privatnog prava, preduzetničkog prava, preorijentacije na druge, mnogo naprednije i slobodnije metode zakonske regulacije, *promene prioriteta u sistemu postojećih pravnih mišljenja i vrednosti* [italikom istakao D.N.]⁴⁷³

1.2.2. Poseban autorskopравни režim za sudske odluke

Sudske odluke su u pravnom sistemu Republike Srbije, kao i u mnogim drugim zemljama, podvedene pod poseban (autorskopравни)pravni režim koji je krajnje restriktivan. Kao što je već rečeno, one se ne smatraju autorskim delom, mada po svim karakteristikama to jesu. Takvo normativno rešenje se može pravdati mnogobrojnim razlozima pravne, pravnopolitičke i političke prirode, kao i potrebom da se zaštite javni interesi. Sa druge strane, postoje i argumenti za ublažavanje restriktivnosti. Ključni su navedeni u ovom radu.

Sudske odluke bi mogle ostati u posebnom pravnom režimu tako što bi njihovim kreatorima, s jedne strane, u javnom interesu i dalje bilo uskraćena (ili ograničena) imovinska i, sa druge strane, priznata samo pojedina neimovinska (moralna) ovlašćenja, poput prava paterniteta, odnosno, prava sudije da odluka koju je kreirao bude označena njegovim imenom i dr. Drugim rečima, sudske odluke bi trebalo tretirati kao svojevrsna autorska dela (*sui generis*), na kojima postoje sužena autorska prava. Time bi bila uspostavljena ravnoteža između javnih i privatnih interesa. Potrebno je samo naći pravu meru u svemu tome.

Autorskopravna priroda nalaza i mišljenja veštaka u sudskom postupku

Na kraju možemo konstatovati da bi teorijski odgovor na inicijalno (inicirajuće) praktično pitanje s početka rada mogao da glasi: nalazi i mišljenja veštaka su autorska dela za koje ne važi poseban, restriktivni pravni režim. Oni nisu ni akti, ni podnesci u sudskom postupku i kao takvi nisu izuzeti iz autorskopravne zaštite. Njihovi autori imaju imovinska i neimovinska ovlašćenja. Između ostalog imaju pravo na naknadu (honorar), na koji treba obračunati porez po stopi koja važi i za sva druga autorska dela.

Za odluke i druge sudske spise važi poseban autorskopравни režim. Iako imaju sva obeležja autorskog dela, njihovim tvorcima (autorima) nisu priznata autorska prava. Sudske odluke su izuzete od autorskopravne zaštite. U radu su detaljnije razmotrena rešenja koja postoje u pravnim sistemima angloameričkog tipa, evropskog

⁷³ Vitaly Alekseevich Ivanov, Ekaterina Alexandrovna Baranova, *The Definition of “Special Legal Regime”*. Dostupno na: <https://pokoleniy.ru/en/chto-znachit-pravovoi-rezhim-ponyatie-pravovyh-rezhimov-chastnoe-i-publicnoe/> V. i: *Большая юридическая энциклопедия*, (ур. А.Б. Барихин), Книжный мир, Красноярск, 2010, str. 640; Галина Беляева Серафимовна, *op. cit.*

kontinentalnog tipa i u pravnim sistemima koji predstavljaju sintezu ta dva modela. U tom kontekstu analizirano je koliko logika i ustrojstvo određenog tipa pravnog sistema ostavljaju prostora za kreativnost sudija i originalnost njihovih odluka; koliko je originalnost prepoznatljiva i priznata (u struci, nauci i široj javnosti) i, da li je sudijama priznato autorsko pravo na (originalnim) sudskim odlukama. Istraživanje ukazuje na to da jedino u pravnim sistemima angloameričkog tipa, u kom ključnu ulogu u oblikovanju prava imaju sudovi, postoji određena vrsta personalizacije tzv. *istorijskih odluka*, koje kreiraju sudije najviših sudova. Tvorci ostalih odluka (sem onih koje su izazvale medijsku pažnju) ostaju nepoznati široj javnosti.

Pisac ovoga rada smatra da u epohi ekspanzije i jačanja sudske vlasti koja dobija (ili prisvaja) sve veća i značajnija ovlašćenja treba stvoriti normativnu osnovu za autorizovanje i javno personalizovanje sudskih odluka. Donosioci presuda bi time dobili odgovarajuće priznanje u stručnoj i široj javnosti. Sa druge strane, trebalo bi da javnost zna i ko je doneo odluke koje su proizvele negativne efekte po pravni poredak i društvenu zajednicu.

Sudske odluke bi mogle ostati u posebnom pravnom režimu tako što bi njihovim kreatorima, s jedne strane, u javnom interesu i dalje bilo uskraćena (ili ograničena) imovinska i, sa druge strane, priznata samo pojedina neimovinska (moralna) ovlašćenja, poput prava paterniteta, odnosno, prava sudije da odluka koju je kreirao bude označena njegovim imenom i dr. Drugim rečima, sudske odluke bi trebalo tretirati kao svojevrsna autorska dela (*sui generis*), na kojima postoje sužena autorska prava. Time bi bila uspostavljena ravnoteža između javnih i privatnih interesa.

ON THE COPYRIGHT NATURE OF COURT DECISIONS

(Summary)

Decisions and other court documents are subject to a special copyright regime. Although they have all the features of a copyright work, their authors are not recognized copyright. Court decisions are exempt from copyright protection. The paper discusses in more detail the solutions that exist in legal systems of the Anglo-American type, European continental type and in legal systems that represent a synthesis of these two models. In this context, it is analyzed how much the logic and structure of a certain type of legal system leave room for the creativity of judges and the originality of their decisions; how much originality is recognizable and recognized (in the profession, science and the general public) and whether judges have been recognized copyright. The research indicates that only in legal systems of the Anglo-American type, in which courts play a key role in shaping rights, there is a certain type of personalization of the so-called historical decisions, created by judges of the highest courts. The creators of other decisions (except those that caused media attention) remain unknown to the general public.

The author of this paper believes that in the era of expansion and strengthening of the judiciary, which has gained (or appropriated) increasing and significant powers, a normative basis should be created for authorizing and publicly personalizing court decisions. Judges would thus receive appropriate recognition from the professional and general public. On the other hand, the public should also know who made the decisions that produced negative effects on the legal order and the social community.

Court decisions could remain in a special legal regime so that their creators, on the one hand, would be denied (or limited) property right in the public interest and, on the other hand, only certain non-property (moral) powers, such as paternity rights, would be recognized. That is, the judge's right to have the decision he created marked with his name, etc. In other words, court decisions should be treated as a kind of copyright work (*sui generis*), on which there are limited copyrights. This would strike a balance between public and private interests.

Key words: court decisions, copyright, special legal regime

LITERATURA

1. Alekseevich Ivanov Vitaly, Alexandrovna Baranova Ekaterina, *The Definition of "Special Legal Regime"*. <https://pokoleniy.ru/en/chto-znachit-pravovoi-rezhim-ponyatie-pravovyh-rezhimov-chastnoe-i-publichnoe/>
2. Andrić Manojlović Katarina, *Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe, u: Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, (priredila Bosa Nenadić), Ustavni sud Srbije, Beograd
3. Barcelo J. John, *Precedent in European Community Law*, u: *Interpreting Precedents – A Comparative Study* (Editors: D. Neil MacCormic, Robert S. Summers), Ashgate, Dartmouth, 1997, str. 417.
4. Бељева Серафимовна Галина, *Правовой режим: к определению понятия*, Источник Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение - Грамота, 3/2012.
5. Богданфи Глиша, Николић Никола, *Ојшће право које важи у Војво-*

- дини, Панчево, 1925.
- 6.
 7. Fairhurst John, Vincenzi Christopher, *Law of the European Community*, Pearson Longman, London, 2008.
 8. Gams Andrija, Đurović Ljiljana, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1994
 9. Đajić Sanja, *Ristejmenti prava Američkog pravnog instituta*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, 3/2007.
 10. Janevski Arsen, *Novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije i uloga izvršioca*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, br. 1/2007, tematski broj: *European Judicial Area / Evropski sudski prostor*, str. 99.
 11. Jesensky F. Aleksander, Протић Ј. Паја, *Привајно право у Војводини*, Сомбор, 1922.
 12. Knežević Marko, *The Citation Prohibition of the Case Law and Jurisprudence in Serbian Court Decisions: Matter of Tradition or Matter of Dogma?*, referat na međunarodnoj naučnoj konferenciji *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, održanoj na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu 2020. godine.
 13. Lilić Stevan, *Da li je ustavna žalba efikasni pravni lek za suđenje u razumnom roku?*
 14. <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/03/Ustavna-zalba-dr-Stevan-Lilic.pdf>
 15. Marković M. Slobodan, Popović V. Dušan, *Pravo intelektualne svojine*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo, Beograd, 2020.
 16. Ivo Milić, *Pregled mađarskog privatnog prava u poređenju sa austrijskim građanskim zakonikom*, Subotica, 1921.
 17. Nenadić Bosa, *Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji*, Pravni informator br. 1/2008.
 18. Nikolić Dušan, *Towards a System of European Private law: Transformation of Legal Science and Legal Policy*, u: *European Private Law and Private International Law - Festschrift für Christian von Bar*, (ed. Helmut Grothe, Peter Mankowski), C.H. Beck, München, 2022, str. 273-280.
 19. Nikolić Dušan, *O dislociranim institutima u građanskom pravu Republike Srbije*, u: *Odabrane teme obligacionog prava*, (ed. Marija Karanikić Mirić i Marko Đurđević), Univerzitet u Beogradu - Pravni fakultet, Beograd 2020, str. 270 etc.
 20. Nikolić Dušan, *O položaju države u naslednom pravu Srbije*, *Studia Iuridica Montenegrina*, 1/2020, str. 67- 90.
 21. Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, XVI измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2020.
 22. Nikolić Dušan, *O širini teme doktorske disertacije iz pravnih nauka u: Liber amicorum: Vladimir Vodinelić* (ed.: Miloš Živković), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2019, str. 213. etc;
 23. Николић Душан, *Подела наука и њихова међусобна условљеност*, u: *Наука – стање, стратегија, перспективе*, Српска академија наука и уметности, Београд, 2016, str. 131-146.

24. Nikolić Dušan, *Independence and social influence of a meritorious legal elite in Serbia*, u knjizi: *Fair reflection of society in judicial systems. A comparative study*, (ed. Sophie Turenne), Edition: *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2015;
25. Nikolić Dušan, *Apsolutnost svojine u francuskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4/2014, str. 85-101.
- 26.
27. Nikolić Dušan, *Precedent u praksi Suda pravde Evropske unije*, u: *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, str. 231 i dr.
28. Nikolić Dušan, *Private Law in Vojvodina in the First Half of the 20th Century: A Functional Model of a Mixed Legal System*, u knjizi: *Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II – Festschrift für Willibald Posch*, LexisNexis, Wien, 2011, str. 525 – 533.
29. Nikolić Dušan, *Sava Tekelija u evropskom pravnom kontekstu*, u: *Sava Tekelija i njegovo doba*, Budimpešta, Srpski institut, 2013, str. 73-84; Dušan Nikolić, *Influence of Distinguished Lawyers on the Development of Legal Sistem*, u: *Private Law Reform in South East Europe - Liber amicorum Christa Jessel-Holst*, (eds: Mirko Vasiljević ... et al.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 337-351;
30. Николић Душан, *Утицај истакнутих љавника на обликовање љрава у Европи и Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2010, стр. 183-201.
31. Nikolić Dušan, *Legal Culture and Legal Transplants – Serbian report*, (nacionalni referat za Srbiju, na svetskom kongresu za uporedno pravo održanom u Vašingtonu 2010. godine u organizaciji Međunarodne akademije za uporedno pravo – *International Academy of Comparative Law*) i u tamo navedenoj literaturi. Dostupno na: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3195/12.pdf>
32. Dušan Nikolić, *Development of the Property Law in Serbia - Both Autonomous Legal Development and Legal transplantation*, u knjizi: *Private Law in Eastern Europe - Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds: C. Jessel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Tubingen, Mohr Siebeck, 2010, str. 237-267.
33. Nikolić Dušan, *Elements of Judge-made Law in the Serbian Legal System - Serbian national report*, nacionalni referat za Srbiju na Svetskom kongresu za uporedno pravo održanom u Utrehtu 2006. godine u organizaciji Međunarodne akademije za uporedno pravo, objavljen kao zasebno poglavlje u knjizi: *Precedent and the law*, (Ed.: Ewoud Hondius), Brussels, Bruylant, 2007, str. 437-467.
34. Nikolić Dušan, *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava – Elementi za strategiju razvoja pravne regulative*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2004.
35. Николић Душан, *О љравној љрадицији Војводине (љоводом чељири јубилеја)*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, 4/2001, стр. 111-124.

36. Sellers N.S. Mortimer *The Doctrine of Precedent in the United States of America (Doktrina precedenta u Sjedinjenim Američkim Državama)*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, 3/2007, str. 89-131.
37. Skouris Vassilios, *The Postion of the European Court of Justice in the EU legal order and its relationship with national constitutional courts*, u zborniku referata sa međunarodne konferencije *The Postion of constitutional courts following integration into the European Union*, održane na Bledu 2004. godine, Ustavno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana, 2005
38. Starović Borivoj, *Komentar Zakona o izvršnom postupku (zakonodavstvo, teorija, praksa)*, II preradjeno i dopunjeno izdanje, Pravo, Novi Sad, 1991.
39. Szudoczky Rita, *How Does the European Court of Justice Treat Precedents in Its Case Law? Cartesio and Damseaux from a Different Perspective: Part I*, Intertax, 37/2009.
40. Šidanski Dušan, *U traganju za novim evropskim federalizmom, Gutenbergova galaksija*, Београд, 2002.
41. Schmitt Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, (Edited and translated by: George Schwab), The University of Chicago Press, 2005.
42. *Understanding Copyright and Related Rights*, World intellectual property organization, Geneva, 2016.
43. Whittaker Simon, *Precedent in English Law: A View from the Citadel (Precedent u engleskom pravu: pogled sa tvrđave)*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, 3/2007, str. 9-87;
44. Sellers N.S. Mortimer *The Doctrine of Precedent in the United States of America (Doktrina precedenta u Sjedinjenim Američkim Državama)*, European Lawyer Journal / Evropski pravnik, 3/2007, str. 89-131.
45. Jesensky F. Aleksander, Протић Ј. Паја, *Привајно љраво у Војводини*, Сомбор, 1922
46. Пишкулић Звонимир, – Ђерђ Имре, *Основи љривајној љрава у Војводини*, Београд, 1924;

Д-р Јадранка Дабовиќ Анастасовска, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

Д-р Неда Здравева, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ПРЕДИЗВИЦИТЕ НА СПРОВЕДУВАЊЕТО НА ГРАЃАНСКО-ПРАВНАТА ЗАШТИТА НА ПРАВАТА НА ИНТЕЛЕКТУАЛНА СОПСТВЕНОСТ

347.77/78.037:340.13(497.7)
347.77/78.037:347.91/95(497.7)
347.77/78.037:341.24
изворна научна статија

Спроведувањето на заштитата на правата на интелектуалната сопственост значи обезбедување ефикасни и ефективни механизми за превенција и за санкционирање повреди на субјективните права на носителите на правата на интелектуална сопственост. Доминантно е сфаќањето дека спроведувањето на заштитата на правата на интелектуалната сопственост е важно не само за индивидуалните носители, туку и за создавање средина каде што се поддржуваат иновациите и креативноста, заштита на потрошувачите, се подобрува конкурентноста, се зачувува вработеноста, се спречува даночна евазија, конечно се овозможува непречено и фер функционирање на пазарот.

Во спроведување на заштитата на правата на интелектуална сопственост постојат низа предизвици. Правниот систем – прописите и начинот на нивна примена е инертен во споредба со развојот на технологиите. Така, правните прописи не се секогаш докрај јасни во поглед на спроведување на правата, во правосудните органи не постои специјализација во оваа област, што, пак, влијае носителите на правата да стравуваат од долги и сложени постапки коишто нема да им овозможат целосни обесштетувања.

Предизвикот на спроведувањето на заштитата на интелектуалната сопственост во современи услови често се сведува на прашањата дали поради тоа што правните прописи бавно се менуваат, а динамиката на развој на новите технологии е особено брза, ќе се помириме со фактот дека правните прописи ќе заостануваат зад развојот на новите технологии и спроведувањето на заштитата ќе биде најнефикасно и најнеефективно, преку технолошките мерки, и колку е тоа добро?

Во трудот авторките ги анализираат предизвиците на споредувањето на заштитата на правата на интелектуална сопственост преку граѓанско-правната заштита. Тие се осврнуваат на меѓународните и на ЕУ инструментите во оваа област. Исто така, предмет на дискусија се домашните инструменти што им стојат на располагање на носителите на правата.

Клучни зборови: право на интелектуална сопственост; спроведување; повреда на права на интелектуална сопственост; граѓанска заштита; тужби за заштита на права на интелектуална сопственост.

1. Вовед

Во современата економија во која понудата е поголема од побарувачката, конкурентската предност на пазарот се темели на информациите, иновативноста, креативноста, осмислениот маркетинг, на знаењата на вработените, на потенцијалот на интелектуалниот капитал на компаниите.¹ Рапидниот развој на новите технологии, глобализацијата и дигитализацијата на пазарите, наметнува потреба од промени во правните прописи за дефинирање, заштита и спроведување на интелектуалната сопственост². Интелектуалната сопственост треба да има нова функција, да овозможи намалување, а не продлабочување на јазот помеѓу развиените и неразвиените, особено преку заштита на глобалните јавни добра, затоа што сосема е јасно дека пандемијата, климатските промени, катастрофалната загаденост, не познаваат физички граници и последиците се прелеваат секаде во светот³.

Паралелно со зголемувањето на значењето на правата на интелектуална сопственост се зголемува и нивната злоупотреба. Во актуелниот момент се соочуваме со фактот дека и пиратеријата и фалсификувањето го доживуваат својот подем и прават огромни загуби на индустриите кои вложуваат во истражување и развој како и на креативните индустрии⁴. Новите технологии, можат да бидат многу ефикасни во спречување на злоупотребите преку

¹ Спореди: Drahos, P., Brathwaite, J., *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, New Press, New York, 2003, p. 25, 178 -253

² За различните научни разбирања на улогата на интелектуалната сопственост во современи услови, видете повеќе кај Marković, S., *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Službeni Glasnik, Beograd, 2014, str. 309-322

³ Пандемијата предизвикана од ковид-19, која се рефлектираше врз севкупното живеење на луѓето во последните две и пол години, повторно ги актуализираше темите за таканаречените глобални јавни добра, како што е здравјето на луѓето. Сосема стана јасно дека заразната болест не познава граници и дека вакцините и лековите за ваква болест треба да се достапни за сите, без уживање на условно наречените монополски права на оние што добиле патентна заштита. Кон крајот на 2020 година, група земји во развој предводени од Индија и Јужна Африка дадоа предлог во Светската трговска организација (во понатамошниот текст СТО), привремено да се откажат од заштитата на интелектуална сопственост за вакцините и другите производи потребни за борба против пандемијата додека поголемиот дел од светското население не биде имуно на болеста. Иницијативата е повторена во мај 2021 година, поддржана од САД. Наведено е дека откажувањето ќе се однесува на „здравствени производи и технологии“ поврзани со пандемијата, вклучувајќи вакцини, дијагностика, терапевтски средства и опрема за лична заштита. Откажувањето би било во сила најмалку три години, со можност за продолжување. Одлуките за откажување од овие права според Договорот за трговските аспекти на правата на интелектуална сопственост (во понатамошниот текст ТРИПС) вообичаено се носат едногласно. Иако во одредени ситуации, сепак, откажувањето од TRIPS може да биде одобрено со три четвртини од гласовите на членките на СТО, малку е веројатно дека членките ќе го нарушат преседанот. И додека преговорите се закочени, се случиле два настана: истражувачите во Јужна Африка, под покровителство на центар за технолошки трансфер на Светската здравствена организација, рекоа дека разработиле како да ја копираат вакцината ковид на Модерна; ЕУ, пак, објави дека ќе придонесе со 1 милијарда евра за финансирање на германската компанија BioNTech за формирање мобилни фабрики за производство на вакцини во Африка <https://www.cfr.org/in-brief/debate-over-patent-waiver-covid-19-vaccines-what-know> (посетено на 2.2.2022)

⁴ Студијата за глобална трговија со фалсификати спроведена од OECD и EUIPO покажува дека вкупната трговија во фалсификувани и пиратски производи наменети за ЕУ во 2019 година изнесува дури 119 милијарди евра; Видете повеќе на [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/74c81154-en](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/74c81154-en/index.html?itemId=/content/publication/74c81154-en) (посетено на 13.1.2022)

креирање и воспоставување технолошки мерки за заштита, иако тие воедно претставуваат и предизвик за повредувачите. Затоа сè почесто се посочува дека ефикасна и ефективна заштита на интелектуалната сопственост можат да овозможат единствено новите технологии, како што се вештачката интелигенција и блокчејн криптографските записи, чие користење треба да се комбинира со важечките правни прописи⁵.

Секогаш кога се усовршуваат технологиите што овозможуваат лесен и брз начин за копирање и умножување на интелектуалните креации заштитени со интелектуална сопственост, се наметнува и потреба од менување на правната рамка и се бараат нови посовремени и најчесто построги правни прописи за заштита. Дигиталните технологии, 3D-печатењето, интернет-пристапот, вештачката интелигенција⁶, алгоритмите бараат нови законски решенија за заштита на правата на интелектуална сопственост особено за некои креативни индустрии. Настојувањата одат и во насока на донесување помодерни меѓународни прописи со нова концепција за местото и улогата на правата на интелектуална сопственост и определување вистинска мерка на меѓународните стандарди за заштита и користење глобални заштитни технички мерки приспособени на новите технологии, бидејќи и повредите на правата се случуваат на глобално ниво, но без притоа да се засегаат правата на третите страни, особено приватноста и правото, на пристап до информации⁷.

Кога станува збор за заштитата на правата на интелектуална сопственост во информациско општество, она што е голем предизвик на актуелниот момент е прашањето на воспоставување вистински баланс на овие права со другите основни, темелни човекови права. Накусо, би укажале дека заштитата и спроведувањето на заштитата на интелектуалната сопственост во одредени случаи и ситуации, особено кога станува збор за модерните технологии, може да се судри со правото на слободата на творештвото, слобода на говорот, приватната сопственост, заштита на деловните тајни, пристапот до информациите, гарантирањето на правото на приватност, правично судење и слично. Една од основните задачи на законодавците и на органите инволвирани во спроведување на заштитата на интелектуалната сопственост е да се пронајде вистински баланс

⁵ Видете повеќе на <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-summit-2021> (посетено на 21.1.2022);

⁶ Живееме во реалност во која по 199 години од смртта на Бетовен е довршена неговата Десетта симфонија. Под диригентската палка на доктор Матијас Редер, група експерти за вештачка интелигенција и музиколози ја развија „Бетовен АИ“, којашто го „разбира“ стилот на Бетовен. Вештачката интелигенција не само што беше „нахранета“ со композициите на Бетовен и неговите белешки за Десеттата симфонија во неа беа вметнати и дела од композитори и музичари коишто несомнено го инспирирале и извршиле влијание врз Бетовен во текот на неговиот живот, како што е Јохан Себастијан Бах. Заедно со експертите, алгоритмите го продолжија последното, незавршено дело на Бетовен. Композиторот Валтер Верзова и Оркестарот Бетовен од Бон ја претворија оваа нотација во жива композиција под диригентската палка на Дирк Кафтан на 9 октомври 2021 година. Оваа ситуација предизвика голем број научни дискусии за авторството во кое е инкорпорирана и креативноста на вештачката интелигенција <https://www.telekom.mk/ns-newsarticle-svetska-premiera-na-10-ta-simfonija-na-betoven-zavrshena-od-vestacka-inteligencija.nspх> (посетено на 2.2.2022);

⁷ Видете повеќе Дабовиќ-Анастасовска, Ј., Пепељугоски, В., Право на интелектуална сопственост, Академик, Скопје, 2012, стр. 30

и рамнотежа помеѓу понекогаш спротивставените права со еднаква важност за луѓето⁸.

Опасноста од ваквата нерамнотежа предизвикува голем отпор кон донесување одредени правни прописи. Трговскиот договор против фалсификување (Anti-counterfeiting Trade Agreement), чија декларирана цел беше да воспостави мултинационални стандарди за спроведување на правата на интелектуална сопственост, беше оценет како потенцијална опасност и закана за непречено остварување на другите основни права на граѓаните и не беше прифатен во Европската Унија⁹.

Широката расправа и влијанието на засегнатите страни во „одредувањето на судбината“ на АСТА¹⁰ како да беше најавено во дискусијата за Директива (ЕУ) 2019/790 на Европскиот парламент и на Советот од 17 април 2019 година за авторското право и сродните права на единствениот дигитален пазар¹¹. На нејзиното донесување се чекаше долго и таа претрпе силни амандмански расправи, под притисоци на различни групи кои постојано лобираа, токму во насока на изнаоѓање на балансот помеѓу правата од интелектуална сопственост и другите основни човекови права.

Воспоставувањето на овој баланс ќе значи овозможување ефективна и ефикасна заштита на правата која нема да биде по цена на спречување пристап до информации, упад во приватноста и засегање во другите права. Спроведувањето на заштитата на интелектуалната сопственост е комплексна и актуелна тема поврзана со многу предизвици¹². Спроведувањето на заштитата

⁸ Видете повеќе Zdraveva, N., Freedom of expression vs. Right to privacy: The role of ECHR in modelling civil liability for damage, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11 Special Edition, 2020

⁹ Преговорите за АСТА се водеа под завеса на голема тајност. Канада, Јапонија, Кореја, Мароко, Нов Зеланд, Сингапур и САД го имаат потпишано овој Договор. Европскиот парламентот одигра клучна улога во одлучувањето за судбината на Трговскиот договор против фалсификување (АСТА), кој се покажа како контроверзен од самиот почеток. На 4 јули 2012 година, 478 европатреници гласаа против АСТА, 39 беа „за“, а 165 беа воздржани, што значи дека Договорот не стапи во сила во ЕУ. АСТА имаше цел поефикасно да ги спроведе правата на интелектуална сопственост на меѓународно ниво. Многу развиени земји беа загрижени дека нивните економии трпат големи штети поради фалсификување и пиратерија. Сепак, противниците беа загрижени дека АСТА би ги фаворизирала интересите на големите компании на сметка на правата на граѓаните. Европската комисија ја упати АСТА до Европскиот суд на правдата во мај ??? за да донесе одлука за договорот и побара од Парламентот да ги почека неговите заклучоци. Сепак, Парламентот одлучи да продолжи со сопствената контрола на Договорот. Пет комитети излегоа против Договорот, додека комисијата за петиција прими петиција против АСТА потпишана од речиси три милиони луѓе.

¹⁰ Matthews, D., Žikovská, P. The Rise and Fall of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): Lessons for the European Union. *IIC* 44, 626–655 (2013). <https://doi.org/10.1007/s40319-013-0081-y>

¹¹ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC *OJ L* 130, 17.5.2019, p. 92–125

¹² Потврда за актуелноста на темата за спроведување на правата на заштитата на интелектуалната сопственост имаме и во фактот што во последните година се одржани голем број меѓународни научни стручни конференции, на кои се расправало за спроведувањето на правата на интелектуална сопственост. Особено се битни документите на редовните 14 сесии на Советодавниот комитет за спроведување (ACE) при Светската организација за интелектуална сопственост, како и последната виртуелна сесија одржана во септември 2021 година на кои главна тема била „Новите движења во борбата против фалсификувањето и пиратеријата на интернет“ [https://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=142 (посетено на 1.2.2022)]. Во оваа насока особено се значајни

на интелектуална сопственост подразбира можност за заштита со различни правни механизми од областа на казненото, административното и граѓанското право. Предмет на интерес на овој труд е граѓанско-правната заштита на интелектуалната сопственост.

Граѓанско-правна заштита на правата на интелектуална сопственост не е единствена и може да се разгледа од неколку аспекти. Така, таа може да се посматра и низ призмата на парничната постапка и низ призмата на постапката за извршување заради обезбедување. Во парничната постапка, судската заштита на правата на интелектуална сопственост се врши со донесување конечна мериторна одлука за постоењето повреда или загрозување на правото на интелектуална сопственост и правните последици од повредата или загрозувањето. Според законите со кои се регулира правото на интелектуална сопственост, лицето кое ќе повреди некое право уредено со законот одговара за штета според општите правила за надоместување на штетата (право на надомест и на материјална и на нематеријална штета). Меѓутоа, барањето за надомест на штета може да се поднесе заедно или по барањето за утврдување на повредата на правото. Тужбата за надомест на штета не може да ѝ претходи на тужбата за утврдување на повредата на правото. За разлика од парничната постапка, во постапката за извршување заради обезбедување, која исто така е судска, се дава само провизорна заштита на правата на интелектуалната сопственост¹³.

Во македонското законодавство, клучните правни акти коишто се извор на правилата за граѓанско-правна заштита на правата на интелектуална сопственост се Законот за индустриската сопственост¹⁴, Законот за авторското право и сродните права¹⁵, Законот за парничната постапка¹⁶ и Законот за обезбедување на побарувањата¹⁷ кои понатаму ќе бидат анализирани. Националното

меѓународните самити за спроведување на интелектуалната сопственост одржани во Лондон во 2014 година [<https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-summit> (посетено на 2.2.2022)], во Берлин во 2017 година [<https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-summit-2017> (посетено на 2.2.2022)], во Париз во 2019 година [<https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-forum-2019> (посетено на 2.2.2022)] и последниот одржан во организација на Европската комисија, Европската канцеларија за интелектуална сопственост (EUIPO) и Шведската канцеларија за интелектуална сопственост (PRV) во 2021 година [<https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-summit-2021> (посетено на 02.02.2022)]. Во нашата држава, со цел да се обезбеди поефикасно и ефективно спроведување на интелектуалната сопственост, се спроведуваше твининг-проект на ЕУ (МК 11 ИВ ОТ 01) – IPA 2011 – Denmark March 2017 – „Зајакнување на спроведувањето на ПИС“, а за спроведување на интелектуалната сопственост се предвидуваат голем број активности во новиот Нацрт на националната стратегија за интелектуална сопственост.

¹³ Споредете Дабовиќ-Анастасовска, Ј., Пепељугоски, В., Гавриловиќ, Н., Прирачник за граѓанско-правна и административно правна заштита на патентите, СОИП, Скопје, 2013, стр. 41-45

¹⁴ Закон за индустриската сопственост („Службен весник на Република Македонија“ бр. 21/09, 24/11, 12/14, 41/14, 152/15, 53/16 и 83/18 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 31/20); во понатамошниот текст: ЗИС.

¹⁵ Закон за авторското право и сродните права („Службен весник на Република Македонија“ бр. 115/10, 140/10, 51/11, 147/13, 154/15 и 27/16); во понатамошниот текст ЗАПСП.

¹⁶ Закон за парничната постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр. 79/05, 110/08, 83/09, 116/10 и 124/15); во понатамошниот текст ЗПП.

¹⁷ Закон за обезбедување на побарувањата („Службен весник на Република Македонија“ бр. 87/07 и 31/16); во понатамошниот текст: ЗОП.

законодавство е под силно влијание на меѓународните извори на правото на интелектуална сопственост кои во последните децении се развиваат во насока на уредување на правила за спроведување на заштитата на правата, па поради тоа и тие се предмет на интерес на овој труд.

2. Меѓународни извори за спроведување заштита на правата на интелектуална сопственост

Покрај бројните меѓународни извори во областа на правата на интелектуална сопственост што и денес се надополнуваат¹⁸, прашањето на спроведувањето на овие права, во најголем дел, остануваше работа на националните законодавства. Инаку кажано, иако државите се согласуваат да се откажат од дел од својот суверенитет во областа на уредувањето на некои од материјално-правните аспекти на правата на интелектуална сопственост, полето на реално спроведување на законската содржина на овие права остануваше, во најголем дел, работа на националните законодавства, односно националните процесни правила.

До промена на ваквата ситуација доаѓа во 1994 година, кога во рамките на Светската трговска организација е донесена Спогодбата за трговските аспекти на правата на интелектуална сопственост т.н. TRIPS Спогодба¹⁹.

¹⁸ Конвенцијата за основање на Светската организација за интелектуална сопственост, Париската конвенција за заштита на индустриска сопственост, Мадридскиот договор за меѓународно регистрирање на жигови, Договорот од Ница за меѓународна класификација на производите и услугите при регистрирање на трговските марки, Локарнскиот договор за меѓународна класификација на индустриски дизајн, Договорот за соработка на полето на патентите, Хашкиот договор за меѓународна регистрација на индустриски дизајни – Хашкиот акт и Дополнителниот акт од Стокхолм, Конвенцијата за признавање европски патенти, Конвенцијата за унификација на опеределени прашања на материјалното право за патенти за пронајдоци, Спогодба за соработка на полето на патентите (договор за соработка), Протоколот во врска со Мадридскиот договор за меѓународна регистрација на жигови, Будимпештанската спогодба за признавање на меѓународно депонирање на микроорганизми, Стразбуршкиот договор за меѓународна класификација на патентите, Договорот за трговските аспекти на правата од интелектуална сопственост, акт кон Хашкиот договор за регистрација и регулирање на индустриски дизајни според Женевскиот акт, Конвенцијата за признавање европски патенти (Европска патентна конвенција), Договорот за правото на патент, Сингапурскиот договор за правото на трговска марка, Виенскиот договор за меѓународна класификација на фигуративните елементи на трговските марки, Лисабонскиот договор за заштита на ознаките на потекло и нивната меѓународна регистрација, Договорот за примена на член 65 од Конвенцијата за признавање на европски патенти, Меѓународната конвенција за заштита на нови сорти, Договорот од Најроби за заштита на олимпискиот симбол, Бернската конвенција за заштита на литературни и уметнички дела, Универзалната конвенција за авторско право – УНЕСКО, Конвенцијата од Брисел за дистрибуција на сигнали за пренос на програми преку сателит, Римската конвенција за заштита на изведувачите, производителите на фонограми и радиодифузните организации, Женевската конвенција за заштита на продуцентите на фонограми од неовластено реплицирање на нивните фонограми, Спогодбата за авторското право на Светската организација за интелектуална сопственост, Спогодбата за изведби и фонограми на Светската организација за интелектуална сопственост и др., Пекиншкиот договор на СОИС за аудиовизуелните изведби, Договорот од Маракеш на СОИС за олеснување пристап до објавени дела за слепи лица, лица со проблеми со видот.

¹⁹ Повеќето од договорите на СТО се резултат на преговорите на Уругвајската рунда 1986 – 1994 година, потпишани на Министерскиот состанок во Маракеш во април 1994 година. Има околу 60 договори и одлуки на вкупно 550 страници. Договорот ТРИПС е Анекс 1С од Договорот од

Имајќи ги предвид одредбите на TRIPS Спогодбата и десет години по нејзиното донесување, во рамките на Европската Унија е донесена Директивата 2004/48/ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот од 29 април 2004 година за спроведување на правата на интелектуална сопственост²⁰. Со донесувањето на оваа Директива, Европската Унија се вклучува во меѓународните напори за уредување на различните прашања поврзани со спроведувањето на правата на интелектуална сопственост, по нејзините бројни активности за уредување определени материјално-правни прашања од областа²¹.

Овие прописи, и покрај тоа што помина многу време, и понатаму останаа основен извор кога станува збор за воспоставување меѓународни стандарди за спроведување заштита на правата на интелектуалната сопственост²².

2.1. Договор за трговските аспекти на правата на интелектуална сопственост – TRIPS Спогодбата

Членките на TRIPS Спогодбата²³ се обврзани да предвидат ефикасни и ефективни правни мерки и правни средства за спречување повреди на правата од интелектуална сопственост и правни средства коишто одвраќаат од вршење натамошни повреди. Постапките кои сè однесуваат на спроведување на правата од интелектуалната сопственост треба да се непристрасни и правични²⁴. Тие не треба да бидат непотребно сложени или скапи, ниту да повлекуваат поставување нереални рокови или непотребни одлагања²⁵.

Основната идеја на TRIPS Спогодбата е дека средствата за спроведување на правата на интелектуална сопственост, предвидени со неа, ќе бидат достапни за субјектите што се појавуваат како носители на правата на интелектуална сопственост (член 41). Земјите членки на Светската трговска организација се должни средствата за спроведување на заштитата на правата на интелектуална сопственост да ги уредат во сопствените национални законодавства за да им бидат достапни и на нивните припадници и на припадниците на другите земји

Маракеш за основање на Светската трговска организација, потпишан во Маракеш, Мароко, на 15 април 1994 година.

²⁰ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights *OJL 157*, p. 45–86; во понатамошниот текст Директива 2004/48/ЕЗ).

²¹ Види кај Дабовиќ-Анастасовска, Ј., Гавриловиќ, Н., Аспекти на хармонизација на домашното право на интелектуална сопственост со правото на ЕУ, Зборник од научната расправа „Методи на хармонизација на националното законодавство со правото на Европската Унија“, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје, 2008.

²² За меѓународните стандарди за спроведување, види повеќе кај Дабовиќ-Анастасовска Ј. „Меѓународни и европски стандарди за спроведување на правата на интелектуална сопственост“, Државен завод за индустриска сопственост, Скопје 2008, стр. 76–91.

²³ Нашата држава е членка на СТО и потписник на ТРИПС; таа донесе и Закон за ратификација на Протоколот за изменување и дополнување на Договорот за трговските аспекти на правата од интелектуална сопственост (ТРИПС) („Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/2010).

²⁴ Член 41 од TRIPS.

²⁵ Поради ниските стандарди на заштита на авторското право и сродните права, Република Македонија при пристапувањето кон СТО мораше да даде посебна изјава дека ќе ги подигне стандардите на заштита на авторското право и сродните права на ниво на земјите членки на СТО, во најкраток можен рок.

членки на TRIPS Спогодбата, согласно со принципот на национален третман²⁶. TRIPS Спогодбата ги воспостави следниве стандарди за спроведување на заштитата на правата на интелектуалната сопственост: непристрасност – мериторните одлуки треба да бидат изработени во пишана форма и, притоа, треба да бидат и образложени²⁷, одлуките можат да бидат засновани исклучиво врз доказите за кои на странките им било овозможено да се изјаснат (член 41 став 3), правичноста на постапката, пак, подразбира дека постапките за заштита на правата на интелектуална сопственост нема да бидат непотребно сложени или скапи, ниту ќе повлекуваат поставување нереални рокови или непотребни одлагања, постапките за заштита за правата на интелектуална сопственост мора да се спроведат без одлагање²⁸ и дека постапките ќе се спроведуваат на начин што нема да претставуваат пречка во трговијата (член 41 став 1).

Правните средства и лекови што носителите на правата на интелектуална сопственост можат да ги ползуваат во граѓанската судска постапка се уредени во членови 42–48 од TRIPS Спогодбата, тоа се посебните правила предвидени во поглед на прибавувањето докази во граѓанската судска постапка (член 43), изрекувањето судски забрани (член 44), правото на надомест на штета настаната со повреда на правата на интелектуална сопственост (член 45), правото на повлекување од комерцијалните канали на стоките со кои се врши повреда на правата и нивно евентуално уништување, односно правото на повлекување од комерцијалните канали на суровините и средствата користени за создавање на стоките со кои се врши повреда на правата на интелектуална сопственост (член 46), правото на добивање информации од страна на повредувачот на правата за лицата што се вмешани во производството и пуштањето во промет на стоките и услугите со кои се повредуваат правата на интелектуална сопственост (член 47) и правото на обесштетување на туженото лице поради злоупотреба на овластувањата сторена од страна на тужителот (член 48), правото на информираност за барањата и наводите на другата странка, кои се основа за нивното евентуално произнесување за точноста и основаноста на овие наводи и тврдења, страните во постапката имаат право да ги образложат своите тврдења и да ги поднесат сите релевантни докази, без штета врз примената на прописите за заштита на лични и доверливи податоци; странките го имаат правото да бидат застапувани во граѓанската судска постапка од независни правни застапници, со тоа што постапките нема да наметнуваат прекумерно оптоварувачки барања во врска со задолжителното лично појавување; постапката за изрекување на привремени мерки, според TRIPS Спогодбата, начелно претставува судска постапка – привремените мерки можат да се изречат во две ситуации, првата ситуација доаѓа предвид во случаите кога изрекувањето на привремените мерки е последица на потребата од спречување на повредата на некое од правата на

²⁶F Beier & Schriker, G. (ed.), GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property (IIC Studies, Munich, VCH, 1989).

²⁷ Во член 41 став 3 од TRIPS Спогодбата се предвидува дека „е пожелно“ одлуките да бидат пишани и образложени.

²⁸ Вакво решение е предвидено во член 160 став 3 од македонскиот Закон за авторското право и сродните права („Службен весник на РМ“, бр. 115/10, 140/10, 51/11, 147/13, 154/15 и 27/16 во понатамошниот текст ЗАСП) и член 296 став 1 од македонскиот Закон за индустриската сопственост („Службен весник на РМ“, бр. 21/09, 24/11, 12/14, 41/14 и 152/15 во понатамошниот текст ЗИС).

интелектуалната сопственост, а особено кога треба да се спречи влегување на определена стока во комерцијалните канали на земјата членка на Светската трговска организација, вклучувајќи ја и увезена стока веднаш по царинењето, втората ситуација се случува кога треба да се обезбеди битен доказ за наводната повреда на правата на интелектуална сопственост; во член 50 од TRIPS Спогодбата е уредена постапката за определување на привремените мерки, тие можат да се изречат и без сослушување на другата странка (член 50 став 2), странката против која е изречена привремената има право да биде известена за изречената привремена мерка и да бара нејзина измена или отповикување (член 50 став 4), траењето на привремените мерки е ограничено со поведување соодветна постапка за заштита на правата (член 50 став 6), лицето против кое е изречена привремената мерка има право на обесштетување во определени ситуации (член 50 став 7), додека изрекувањето на привремената мерка може да биде условено со докажување на својството на носител на правото и со депонирање гаранција (член 50 став 3), како што може да биде условено и со доставувањето дополнителни информации (член 50 став 7)²⁹.

2.2. Директива 2004/48/ЕЗ на Европскиот парламент и Советот за спроведување на правото на интелектуална сопственост и правилата за нејзина имплементација

Директивата 2004/48/ЕЗ е донесена десет години по TRIPS Спогодбата, меѓутоа оваа Директива се базира на неа и на имплементацијата на обврските произлезени од неа. Имено, Унијата, во рамките на нејзините надлежности што произлегуваат од основачките договори и договорите за нивно реформирање, е и самата обврзана со TRIPS Спогодбата³⁰. Оттаму, активностите на комунитарно ниво, што е случај и со Директивата 2004/48/ЕЗ, се соодветна надградба на придобивките од TRIPS Спогодбата³¹. Поради тоа, се подвлекува дека стандардите за спроведување на правата на интелектуална сопственост, уредени со TRIPS Спогодбата, на никаков начин не се засегнати со одредбите на Директивата 2004/48/ЕЗ³².

Временската дистанца од 18 години од донесување на Директивата 2004/48/ЕЗ дава можност да се согледаат придобивките, но и отворените проблеми, од нејзиното имплементирање во националните законодавства на земјите членки и земјите кандидати за членки (кои како нашата имаат потпишано договори за асоцијација и стабилизација со земјите членки на ЕУ). Евалуацијата на Директивата покажа дека мерките, постапките и правните лекови предвидени во Директивата ефективно придонесоа за подобра заштита на правата на интелектуална сопственост низ ЕУ и поефикасна борба против повредите на

²⁹ Текстот на TRIPS Спогодбата на македонски јазик достапен е на <http://www.ippo.gov.mk/mk/LegislativaView.aspx?lang=MK&id=172&cat=INT> (посетено на 11.1.2022).

³⁰ 94/800/EC: Council Decision (of 22 December 1994) concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986-1994); *OJ L 336*.

³¹ Smith, J., Wheeler, C., Burke, S., *New Intellectual Property Enforcement Regulations*, Legislative Comment, E.I.P.R. 2006, 28(7);

³² Види го и член 2 став 3 точка б од Директива 2004/48/ЕЗ

правата на интелектуална сопственост пред граѓанските судови. Директивата доведе до создавање заедничка правна рамка врз основа на која се применува истиот сет на алатки низ целата Унија. Во овој контекст, постигната е целта за усогласување на законодавните системи на земјите членки во однос на спроведувањето на правата на интелектуална сопственост според граѓанското право. Сепак, во изминатиот период е оценето дека мерките, постапките и правните средства предвидени во Директивата не се применуваат на еднаков начин во државите членки. Причината е во тоа што оваа Директива е директива со минимална хармонизација, односно во член 2 од Директивата 2004/48 /ЕЗ дозволува можност во националните законодавства да се предвидат и поповолни средства за носителите на правата. Толкувањето на одредбите на Директивата не е уедначено и постојат разлики во националните граѓански постапки со различна правна традиција.

Ваквата состојба по имплементацијата на Директива 2004/48/ЕЗ во националните законодавства на различни држави доведоа до потреба од носење насоки изразени во Комуникацијата на Комисијата на Европскиот парламент и Советот и Европскиот економски и социјален комитет – Насоки за одредени аспекти на Директивата 2004/48/ЕЗ на Европскиот парламент и Советот за спроведување на правата на интелектуална сопственост од 2017 година^{33, 34}. Иако во Европската Унија постојано се дискутира за спроведување на заштитата на правата на интелектуална сопственост, и Унијата се соочува со огромни загуби од пиратска и фалсификувана стока и услуги, Директивата 2004/48/ЕЗ засега останува доминантен и единствен целосен пропис во кои се содржани правилата за спроведување ефикасна и ефективна заштита на правата на интелектуална сопственост во пред граѓанските судови, засновани на широки консултации со засегнатите страни³⁵.

Тежиштето на Насоките на одредените аспекти на Директивата 2004/48/ЕЗ е ставено на оние прашања кои беа предизвик за примена на Директивата 2004/48/ЕЗ, и тоа: подрачјето на примена на оваа Директива (член 1 и 2); општата обврска на земјите членки (член 3); овластувањето за поднесување

³³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights, COM/2017/0708 final; во понатамошниот текст: Насоки за одредени аспекти на Директивата 2004/48/ЕЗ или Насоки.

³⁴ Стојалиштата изнесени во Насоките се темелат на одлуките на Судот на ЕУ за претходни прашања во врска со Директивата 2004/48/ЕЗ, заклучоците од спроведената Евалуација на оваа Директива, јавните советувања, како и најдобрите практики во национални рамки. Целта на донесените Насоки во 2017 година е да се олесни толкувањето и примената на Директивата 2004/48/ЕЗ пред надлежните судски тела и другите субјекти вклучени во спроведувањето на правата на интелектуална сопственост и постапките пред тие тела. Со Насоките се настојува: да се засили ефективноста на рамката за спроведувањето на правата на интелектуалната сопственост во рамките на граѓанското право (дел II); да се обезбеди усогласен пристап на спроведување на правата на интелектуална сопственост и да се оневозможи злоупотреба на мерките, постапките и правните средства наведени во Директивата 2004/48/ЕЗ (дел III); да се обезбеди ефикасно спроведување на правата на интелектуална сопственост меѓу останатото и во дигиталната сфера (дел IV); и да се обезбеди димензијата на единствен пазар во спроведување на правата на интелектуална сопственост (дел V).

³⁵ https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/infringement/index_en.htm (посетено на 3.2.2022).

арање за мерки, постапки и правни средства (член 4); пресумпцијата на авторството или сопственост (член 5); правилата за обезбедување и чување докази (член 6 и член 7); право да се добие информација (член 8); привремените мерки (судските налози) (член 9 и член 11); корективните мерки (член 10); пресметување на надомест на штета (член 13); и судски трошоци (член 14), а во понатамошниот текст ќе се задржиме на некои од нив.

2.2.1. Подрачјето на примена на Директивата 2004/48/ЕЗ е определено во член 1 и член 2 од првиот дел насловен како „Цел и обем“. Во член 1 се вели дека во смисла на Директивата под право на интелектуалната сопственост се сметаат и правата на индустриска сопственост. Според Насоките за одредени аспекти на Директивата 2004/48/ЕЗ, Директивата 2004/48/ЕЗ се однесува на мерките, постапките и правните средства потребни заради обезбедување спроведување на правата на интелектуална сопственост (член 1). Директивата се применува на секоја повреда на правата на интелектуална сопственост како е предвидено во правото на Унијата или во националното право на определена држава членка, не доведувајќи ги во прашање средствата кои се предвидени или кои можат да бидат предвидени со законодавството на Унијата или националните законодавства ако тие средства се поповолни за носителите на правата (член 2 став 1)³⁶. Директивата 2004/48/ЕЗ се применува не доведувајќи ги посебните одредби за спроведување на правата и исклучоците содржани во законодавството на ЕУ кои се однесуваат на авторското право и сродните права (член 2 став 2). Не влијае на правото на ЕУ за заштита на личните податоци ниту на Директивата за електронска трговија, особено на нејзините членови од 12 до 15 (член 2 и став 3 од Директивата 2004/48/ЕЗ).

Иако Директивата 2004/48/ЕЗ не содржи попис на конкретни права кои се сметаат за права на интелектуална сопственост, за нејзините потреби во воведниот рецитал 13 се објаснува дека нејзиното подрачје на примена треба да биде поширокоза да се опфатат сите права на интелектуална сопственост покриена со одредбите на ЕУ во тоа подрачје или во националното право на држава членка³⁷. Сепак, според резултатите од евалуацијата, има определени нејаснотии, особено во однос на други права заштитени со националното право, како што се домен имињата, деловните тајни и дејствија често опфатени со националното законодавство за заштита од нелојална конкуренција. Иако

³⁶ Видете ја пресудата C-367/15 ОТК, Директивата 2004/48/ЕЗ ги утврдува минималните стандарди за почитување на правата на интелектуална сопственост и не ги спречува државите членки да предвидат и поголеми мерки на заштита

³⁷ Комисијата, во 2005 година, дала правно необврзувачка изјава за член 2 од Директивата 2004/48/ЕЗ за подобро да се одреди подрачјето на нејзината примена (Statement by the Commission concerning Article 2 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights OJ L 94, 13.4.2005, p. 37–37). Комисијата во таа изјава навела дека смета дека со нејзиното подрачје на примена се опфатени најмалку следниве права на интелектуална сопственост: авторско право и сродни права; право sui generis на производителите на бази на податоци; право на создавачот на топографија на интегрални кола; право на трговска марка; право на дизајн; патентни права вклучувајќи ги и правата од дополнителниот сертификат; ознаки за географско потекло; право на корисни модели; право на заштита на растителни сорти; трговските имиња доколку во националното право се заштитени со исклучиво право на сопственост. Според мислењето на Комисијата, мерките, постапките и правните средства од Директивата 2004/48/ЕЗ треба да бидат достапни во постапките поради повреди на кои било права наведени во Изјавата од 2005 година.

согласно со воведниот рецитал 13 на Директивата 2004/48/ЕЗ државите членки имаат можност да ги прошират за внатрешни цели одредбите на Директивата за да ги опфатат и други права, од евалуациите кои досега се направени ниедна држава членка не одлучила да ги прошири одредбите на Директивата на такви дејствија³⁸.

Во поглед на деловните тајни, како специфично поврзани со правото на интелектуална сопственост, Комисијата во Насоките од 2017 година укажува на односот на Директивата 2004/48/ЕЗ со Директивата 2016/943 ЕУ на Европскиот парламент и Советот од 8 јуни 2016 за заштита на неоткриените знаења и искуства деловни информации (деловни тајни) од незаконито стекнување, користење и откривање³⁹, при што се наведува дека оваа Директивата не би требало да влијае на кои било други релевантни прописи во други подрачја, вклучувајќи ги и правата на интелектуалната сопственост, и кога нејзиното подрачје на примена се преклопува со Директивата 2004/48/ЕЗ⁴⁰ треба да се смета како *lex specialis*.

Во поглед на примената на правилата на Директивата 2004/48/ЕЗ при повреда на правата (член 2 став 1), со Насоките се прецизира дека тие не се применуваат во постапките за поништување на право на интелектуална сопственост, ниту во постапките во кои се однесуваат на плаќањето надоместоци на носителите на авторско право од страна на колективните телата задолжени за собирање и распределба на тој надомест. Во оваа насока се изјаснил и Судот на Европската Унија. Судот на ЕУ појаснил⁴¹ дека иако Директивата 2004/48/ЕЗ се применува на постапките со кои се сака да се обезбеди заштитата на правата на интелектуалната сопственост, не се применува на постапките за поништување во кои лицето кое не е носител на правото на интелектуална сопственост ја оспорува заштитата доделена на носителот на определените права. Освен тоа, Судот на ЕУ навел⁴² дека Директивата 2004/48/ЕЗ не се применува на постапките во кои должниците на правичен надомест бараат од Судот кој упатил барање да донесат правни побарувања на товар на колективните тела задолжени за собирање и распределба на надоместот на носителите на авторското право, а кои во истата постапка се бранат против тоа барање.

2.2.2. Општата обврска на земјите членки определена со член 3 од Директивата 2004/48/ЕЗ е да обезбедат мерки, постапки и правни средства за потребите за спроведување на правата на интелектуалната сопственост⁴³.

³⁸ Support study for the ex-post evaluation and ex-ante impact analysis of the IPR enforcement Directive, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (European Commission), EY, MULTILAW Network, Schalast, Technopolis.

³⁹ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure *OJL 157, 15.6.2016, p. 1–18*; во понатамошниот текст Директива за деловни тајни).

⁴⁰ Воведниот рецитал 39 на Директивата за деловни тајни.

⁴¹ Видете: Пресуда на Судот на ЕУ, C-180/11, *Bericap Záródástechnikai Bt. v Plastinnova 2000 Kft.*, EU:C:2012:717, точка 79–81.

⁴² Видете: Пресуда на Судот на ЕУ, C-435/12, *ACI Adam BV and Others v Stichting de ThuisKopie and Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, EU:C:2014:254, точка 63.

⁴³ Тие треба да бидат „фер и правични“ и не смеат да бидат непотребно сложени и скапи или да наметнуваат неразумни временски рокови или непотребни одлагања. Тие треба уште да се ефективни и ефикасни, сразмерни и мораат да одвраќаат од повреди. Треба да се применуваат на

Притоа, за да се обезбеди рамнотежа во спроведувањето на правата на интелектуалната сопственост во рамките на граѓанскоправната заштита, судовите по правило треба да го ценат секој поединечен случај при определување на мерките, постапките и правните средства предвидени во Директивата 2004/48/ЕЗ.

2.2.3 Член 4 на Директивата 2004/48/ЕЗ определува кои **субјекти** може да ги ползуваат мерките, постапките и правните средства од оваа Директивата, а во Насоките се дава појаснување за тоа кои се може да има активна легитимација. Имено, во член 4 од Директивата 2004/48/ЕЗ се наведува дека државите членки треба под одредени услови да ги признаат како лица кои се овластени да бараат примена на мерките, правни средства и постапките од оваа Директива не само носителите на права на интелектуална сопственост, туку и сите други лица кои се овластени да ги користат тие права, а особено стекнувачите на лиценца, телата за колективно остварување на правата на интелектуалната сопственост и професионалните организации за заштита на правата на интелектуална сопственост.

Во поглед на **стекнувачиџе на лиценца** како активно легитимирани, во член 4 точка б на Директивата се наведува дека овластени да побараат мерки, постапки и правни средства се и лица кои се овластени да ги користат правата на интелектуална сопственост, а особено стекнувачите на лиценца, во онаа мера во која е дозволено во согласност со одредбите на меродавното право. Меѓутоа, во практиката се поставило прашање дали стекнувачот на лиценца, исто така, е овластен да бара примена на мерките доколку лиценцата која ја добил од носителот на правото не е впишана во соодветниот регистар. Судот на ЕУ⁴⁴ појаснил дека во случај на лиценци дадени за регистриран дизајн на Заедницата или трговска марка на ЕУ, стекнувачот на лиценцата може да поведе постапка врз основа на Регулативите поради повреда на регистрираниот дизајн на Заедницата или трговска марка на Европската Унија што е предмет на лиценцата, иако не се впишани во регистарот на дизајн на Заедницата, односно во регистарот на трговски марки на Европската Унија и дека тој стекнувач на лиценца може да се стекне со право да побара судски налог. Ова може аналогно да се примени и кога уписот на лиценцата се бара според националното право.

Во член 4 точките (в) и (г) се утврдува дека **иџелатиџа за колекџивно остиџварување на иџраваџиџа** на интелектуална сопственост и **иџрофесионалниџе ортиџанизации** за заштита на правата на кои редовно им се признава право на застапување на носителите на правата на интелектуална сопственост имаат право да бараат средства за спроведување во рамките на граѓанското право предвидени во Директивата 2004/48/ЕЗ во онаа мера во која е допуштено тоа и е во согласност со одредбите на меродавното право. Во тој контекст, способноста на телата

таков начин што ќе се избегне да создаваат пречки во трговијата и воедно не смее да се дозволи нивна злоупотреба (член 3 став 1 и став 2 од Директивата). Исто така, овие мерки, постапки и правни средства треба да се одредат во секој посебен случај, на таков начин со водење сметка за особеностите на тој случај вклучувајќи ги посебните обележја на секое право на интелектуална сопственост, а кога е соодветно со водење сметка дали повредата е предизвикана намерно или ненамерно (спореди со воведниот рецитал 17 на Директивата 2004/48/ЕЗ).

⁴⁴ Пресуда на Судот на ЕУ, C-163/15, Youssef Hassan v Breiding Vertriebsgesellschaft mbH, EU:C:2016:71, точка 26.; пресуда на Судот на ЕУ, C-419/15, Thomas Philipps GmbH & Co. KG v Grüne Welle Vertriebs GmbH, EU:C:2016:468, точка 25.

за колективно остварување на правата да поведат постапка се спроведува на различни начини во државите членки.

Иако од текстот на тие одредби произлегува дека државите членки имаат дискреционо право во тој поглед, неколку држави членки предвидуваат можност да се додели активна легитимација на тие тела за поведување постапки за сметка на нивните членови ако целта е заштита на права на членовите и ако станува збор за предмети во интерес на тие членови⁴⁵. Комисијата напоменува дека на тој начин може да се подобри можноста за ефективно спроведување на правата на интелектуална сопственост, особено што тие тела можат во определени случаи да бидат во подобра положба и подготвени (во смисла на пристап до информации, стручно знаење, човечки ресурси, финансиска состојба и др.) во однос на самите носители на права и навистина ефикасно да поведат постапки поради повреда на права на интелектуална сопственост кога е потребно тоа, а посебно ако носителите на права се мали и средни претпријатија⁴⁶.

2.2.4 Кога станува збор за тоа кој е автор, пронаоѓач или носител на определено право, Директивата 2004/48/ЕЗ во член 5 се определува за соборлива пресумпција на авторство или да се биде носител на право во корист на лицето чие име е наведено на делото или на предметот на вообичаен начин. Цел на таа одредба е да се зголеми можноста за спроведување на правата на тие лица земајќи во обѕир дека обезбедување докази за авторство или дека е некој носител на правото може да биде отежнато. Комисијата смета дека државите членки располагаат со одредено дискреционо право при спроведување на член 5 од оваа Директива, особено во однос на времето и начинот на прибавување докази потребни за да се собори претпоставката со оглед на тоа дека одредбата не содржи изречни правила во тој поглед. Меѓутоа, се напоменува дека тие детални правила и начинот на нивна примена не можат да ја доведат во прашање ефективноста на член 5 од Директивата 2004/48/ЕЗ.

2.2.5. Особено осетливо и исполнето со предизвици во спроведувањето на заштитата на правата на интелектуална сопственост е изрекувањето на **привремените мерки** пред почнувањето на парничната постапка во која ќе се решава прашањето за повредата на правата на интелектуалната сопственост. Ова прашање, исто така, е едно од повеќето кое поради сензитивноста и разликите во националните правни прописи предизвикува различни постапки и одлуки во зависност од тоа кое право е меродавно. Зошто се потребни вакви привремени мерки, прво за да се исполнат барањата на општата одредба од член 3 на Директивата 2004/48/ЕЗ, да се спречи повредата или ако настанала да се намалат штетните последици. Во определени случаи се цени, ако е можно, многу брзо да се уништат доказите за повредата и тогаш се дозволува мерките да можат да се изречат ex parte без да се извести странката која, наводно, ја направила повредата. Секако, ваквите привремени мерки се изрекуваат кога ќе бидат исполнети определени услови, а поради потенцијална можност да се повредат

⁴⁵ Такви одредби постојат во правните прописи за спроведување на правата на интелектуална сопственост на Франција, Белгија, Португалија и Холандија.

⁴⁶ Support study for the ex-post evaluation and ex-ante impact analysis of the IPR enforcement Directive, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (European Commission), EY, MULTILAW Network, Schalast, Technopolis Rechtsanwälte 2017 година стр. 88-89.

другите основни права на странките, тие не се прифатени во сите јурисдикции и се наидува на големи разлики во судската практика на различни земји.

Кога станува збор за привремените мерки, Насоките од 2017 се задржуваат на член 6 и член 7 на Директивата 2004/48/ЕЗ со кои се утврдува обврската на државите членки да обезбедат достапност на ефикасни средства за обезбедување докази. Се појаснува дека целта на тие одредби е да му обезбеди на подносителот на барањето и надлежните судови достапни информации кои се потребни за да се утврди дека настапила повреда на права на интелектуалната сопственост и ако настанала, кои се последиците, дури ако подносителот на барањето не ги поседува таквите информациите. Меѓутоа, во постапките би требало да се води сметка за правата на тужениот и да се обезбедат потребните гаранции, вклучително и заштита на доверливите информации, личните податоци и податоците од приватниот живот⁴⁷. Со член 7 став 1 им се овозможува на надлежните судски тела врз основа на оправдано барање да наредат брзи и ефикасни привремени мерки заради обезбедување и зачувување релевантни докази во врска со наводната повреда. Правото на обезбедување докази, кое се применува и пред почетокот на постапката за донесување одлука на меритумот на спорот, подложно е на заштита на доверливи податоци, и под услов во националното право да се предвидени опционалните заштитни мерки и гаранции (член 7 став 2) за да се избегнале можните злоупотреби. Тоа значи дека подносителот на барањето може да го поднесе соодветното барање во рамките на претходна постапка што во некои случаи вклучува и *ex parte* постапка. Во член 7 став 1 од Директивата 2004/48/ЕЗ предвидува можност во одредени случаи да се определат мерки за обезбедување докази без претходно сослушување на другата странка (односно *ex parte*), особено тогаш кога секое одлагање би можело да предизвика непоправлива штета на носителот на правото или кога постои опасност од уништување докази. Тужениот мора без одлагање да биде известен за тие мерки и дека подлежи на судско преиспитување *ex post*, во текот на кое е можно сослушување на тужениот. Секако, и покрај ова, факт е дека ваквите *ex parte* мерки значително влијаат на основното право на тужениот да биде сослушан и да се брани на суд, што е темел на правичното судење⁴⁸. Во

⁴⁷ Воведен рецитал 20 на Директивата 2004/48/ЕЗ ¹²

⁴⁸ Ограничувањето на правото на сослушување би требало начелно да се наметне само во согласност со наведените членови со обезбедување заштитни мерки, така што да бидат во мерка во која тие ограничувања се нужни за да се гарантираат правата на интелектуална сопственост и да се гарантира и на основните права. За да се постигне справедлива рамнотежа помеѓу спротивставените интереси и темелните права, некои држави, како што се Белгија, Франција, Германија, Холандија и Шпанија, и член 207 од Спогодбата за Единствениот суд за патенти го предвидуваат инструментот на заштитен поднесок познат како заштитно писмо или заштитен налог (<https://www.unified-patent-court.org/documents>, посетено на 24.1.2022). Потенцијалниот тужен што се плаши од тужба поради повреда на право (на пример, затоа што примил предупредувачко писмо од носителот на правото) со заштитен поднесок однапред го известува надлежниот суд (пред поднесување на барањето) зашто можната тужба поради повреда спрема потенцијалниот тужен е неоснована. Главната цел на ваквиот заштитен поднесок е да им се дадат повеќе релевантни информации без сослушување на потенцијалниот тужен, по поднесување барање за издавање на претходен судски налог, а пред донесување такво барање. Иако не е изречно предвидено во Директивата 2004/48/ЕЗ, инструментот на заштитен поднесок може да се смета како добар инструмент со кој на чесен и размерен начин може да се воспостави рамнотежа помеѓу спротивставените интереси и темелните права.

некои држави и понатаму е тешко да се поднесе барање за такви привремени мерки за обезбедување пред почнување на постапката за донесување одлука за меритумот на спорот. Меѓутоа, во член 7 став 1 од Директивата 2004/48/ЕЗ се наведува дека барањето на таквата мерка не треба да биде одбиено само затоа што постапката за донесување одлука за меритумот уште не е почната.

2.2.6. Според мислењата што ги сумира Комисијата во Насоките од 2017 година, а што биле изразени на јавното советувања, постои несигурност во поглед на остварување на **правото на информации** од член 8 на Директивата 2004/48/ЕЗ. Во член 8 став 1 се наведува дека може да се нареди давање информации во постапка за повреда на правата на интелектуална сопственост. Меѓутоа, за разлика од споменатиот член 7 став 1 не се наведува дека таква наредба може да се упати и пред почеток на постапката за донесување одлука за главниот предмет, а изречно не се наведува дека е можно да се бара тоа и пред заклучување на постапката за донесување одлука за меритумот на спорот. Според тоа, во некои држави е тешко да се нареди давање информации пред конечната одлука за предметот на спорот. Судот на ЕУ појаснил дека формулацијата на член 8 став 1 не подразбира дека правото на информација нужно мора да се оствари во иста постапка како постапката за повреда на правото на интелектуалната сопственост⁴⁹. Иако постојат разлики во пристапот на државите членки, Комисијата посочува некои примери за најдобра практика. На пример, во германскиот Закон за трговски марки се пропишува дека во случај на очигледна повреда на определеното право на интелектуална сопственост, давањето информации може да се нареди со привремена мерка во согласност со одредби на германскиот Закон за парнична постапка⁵⁰.

Наводот во член 8 од Директивата 2004/48/ЕЗ за давање информации може да се нареди во рамките на постапката за повреда на правата на интелектуалната сопственост не значи дека давањето информации нужно мора да се нареди во рамките на таа постапка. Тоа може да се направи во посебна постапка почната во рамките на можната тужба за надомест на штета. Во зависност од применливите одредби на националното право, тоа може да се направи и во поранешна фаза како привремена мерка⁵¹.

⁴⁹ Пресуда на Судот на ЕУ од 18. 1. 2017., C-427/15, NEW WAVE CZ, a.s. v ALLTOYS, spol. s r. o. EU:C:2017:18, точка 27. Конкретно навел дека на правото на информација може да се повикува ако по правосилно завршување на постапката во која е утврдена повреда на правото на интелектуална сопственост, тужителот во посебна дополнителна постапка бара информации за потекло на дистрибутивната мрежа на стоката или услугата со која се повредуваат правата на интелектуалната сопственост заради поднесување тужба за надомест на штета.

⁵⁰ Член 19 став 2 и став 7 од германскиот Закон за жиг https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/englisch_markeng.html (посетено на 23.1.2022) споредете и со Cumming, G., Freudenthal, M., Janal, R., *Enforcement of Intellectual Property Rights in Dutch, English and German Civil Procedure*, 2 edition Kluwer Law International, 2008, p. 89.

⁵¹ Споредба може да се направи со решенијата во нашите закони. ЗИС (член 302) и ЗАСП (член 178) предвидуваат можност да се бара со тужба или привремена мерка да се достават податоци (информации) за доставување податоци за потеклото на стоките и дистрибуциските канали на стоките и услугите, предмети со кои се повредува правото и за дистрибутивните канали каде што можат да се најдат предметите со кои се повредува правото. Ова тужбено барање или повеќе тужбени барања можат да се насочат кон оној што го повредува правото, но и кон посредниците. Како посредници се сметаат оние што во вршењето на својата комерцијална дејност поседуваат доставување податоци за потеклото на стоките и дистрибуциските канали на стоките и услугите,

Во Директивата 2004/48/ЕЗ се утврдени два вида судски налози. Прво, во согласност со член 9 став 1 точка, државите членки се задолжени да обезбедат носителите на правата да можат да побараат привремена мерка, судски налог против сторителот на повредата и посредникот кој обезбедува услуги. Целта на судските налози е да се спречи непосредната повреда или да забрани понатамошното вршење на повредата. Кога се зборува за овој член од Директивата, во изминатиот период особено е актуелно прашањето за посредниците кои обезбедуваат услуги, како пасивно легитимирана страна која се задолжува на определено однесување. Во голем број случаи, посредниците се во најдобра положба да ги прекинат дејствијата на повреда особено кога станува збор за дигиталната сфера.

Во тој контекст, важно е да се укаже дека во правото на ЕУ се разликува концептот на одговорност и можност да се даде судски налог против посредникот како што е определено со член 9 став 1 точка (а) и член 11 на Директивата 2004/48/ЕЗ. Судот на ЕУ потврди дека обврската на државите членки што ја имаат врз основа на член 11 од Директивата 2004/48/ЕЗ се применува независно од можната одговорност на посредникот во спорните настани⁵². Можноста за определување судски налог против посредникот врз основа на член 9 став 1 точка (а) и член 11 на Директивата 2004/48/ЕЗ не зависи од неговата одговорност за определената (наводна) повреда. Надлежниот суд не може како услов за определување судски налог да бара од подносителот на барањето да докаже дека посредникот дури не е и непосредно е одговорен за наводната повреда. Во член 9 став 1 точка (а) и во член 11 на Директивата 2004/48/ЕЗ се упатува на можност да се издаде судски налог на посредникот чии услуги ги користела третата страна за повреда на право на интелектуална сопственост.

Директивата 2004/48/ЕЗ не содржи дефиниција која може да се смета за посредник. Ова прашање се поставило пред судската практика. Судот на ЕУ

дело/примерок на дело за кое се сомнева дека го повредува правото; во вршењето на својата комерцијална дејност врши услуга за која се сомнева дека го повредува правото или врши услуги кои се користат во дејствие за кое се сомнева дека го повредува правото. Според ЗИС член 302 став 4 алинеја 2, можат да се бараат и податоци за количеството на произведената, изработената, испорачаната, примената или нарачаната стока или услуга, како и остварените цени. Лицето кон кое е поставено барањето за доставување податоци може да го одбие доставувањето на тие податоци од исти причини од кои, според правилата од Законот за парничната постапка, може да се одбие сведочење. Доколку го одбие доставувањето податоци без оправдана причина, одговара за штета во согласност со одредбите од Законот за облигационите односи. Овие норми од ЗИС и ЗАПСИ не влијаат на прописите за начинот на користење доверливи информации во граѓанска, прекршочна или кривична постапка, на прописите со кои се уредува одговорност за злоупотреба на правата за добивање податоци, како и на прописите со кои се уредува обработката и заштитата на личните податоци. Ова барање за доставување информации и податоци не ја спречуваат примената на одредбите за привремените мерки и за мерките за обезбедување докази од овој закон.

⁵² Пресудата на Судот на ЕУ, C-324/09 L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others, ECLI:EU:C:2011:474, точка 127. Види ја пресудата C-494/15, Tommy Hilfiger Licensing LLC and Others v DELTA CENTER a.s., ECLI:EU:C:2016:528, точка 22. Во членови 12–14 на Директивата за електронска трговија (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') OJ L 178, 17.7.2000, p. 1–16) се утврдува дека во однос на одредени интернетски посредници и исклучоците од одговорноста предвидени во тие одредби не влијаат на можност за судот или административната власт да бараат од нив завршување или спречување на повредата.

појаснува дека трговскиот субјект може да се класифицира како посредник во смисла на овие одредби од Директивата 2004/48/ЕЗ доколку дава услуги кои може да ги користи едно или повеќе лица за повреда на едно или повеќе права на интелектуална сопственост. За да се класифицира како таков, трговскиот субјект не мора да има посебна врска со тие лица, врз основа на договор на пример. Затоа, примената на член 9 став 1 точка (а) и член 11 од Директивата 2004/48/ЕЗ не е ограничена на посебна група посредници, туку опфаќа различни сектори на интернет и надвор од него. Судот на ЕУ изречно навел дека давателите на интернетски услуги, платформите на социјалните мрежи, интернет-порталите за продажба, закупците на хали, пазарите треба да се сметаат за посредници во околностите на спорните настани во определена судска постапка⁵³.

2.2.7. Определени средства од Директивата 2004/48/ЕЗ можат да се применуваат доколку повредите на правата на интелектуална сопственост се направени во **комерцијални цели** (член 6 став 2 и член 9 став 2) или се однесуваат на лица кои не се сторители на повредата (член 8 став 1 точки од а до в) и за кои е утврдено дека поседуваат производи кои го повредуваат правото или на комерцијална основа се користат со услуги кои го повредуваат правото или на комерцијален начин даваат услуги што се користени во активности со кои се повредува правото⁵⁴.

Поимот комерцијални цели не е дефиниран во оваа Директива. Ова отвора нови предизвици за уедначување на практиката во ЕУ. Има делумно објаснување во воведот на Директивата 2004/48/ЕЗ дека се однесува на дела кои се направени за стекнување директна или индиректна трговска или комерцијална корист, што вообичаено ги исклучува дејствијата што ги презеле крајните корисници постапувајќи во добра вера. Поимот „комерцијални цели“ е дефиниран во ТРИПС договорот во смисла на член 61 од овој Договор. И при толкувањето на овој член се појавиле определени нејаснотии и е разјаснет во известувањето на Поверенството на Светската трговска организација. Биле земени предвид и двата изрази „комерцијални“ и „цели“ и се зазел став дека поимите треба да се разберат паѓајќи од нивното квантитативно и квалитативно значење, т. е. дека треба да се однесува на големина и обем на типични или вообичаени комерцијални активности за одреден производ на определен пазар. Комисијата смета дека не треба да се подразбере поимот „комерцијални цели“ само во квантитативна смисла, туку, наместо тоа, треба да се земат определени квалитативни елементи и критериуми, имено, дали таа дејност вообичаено се врши заради економска и комерцијална корист.

2.2.8 Согласно со член 10 од Директивата 2004/48/ЕЗ, се наведува дека надлежните судски тела можат да наложат стоката за која е востановено дека

⁵³ Пресуди на Судот на ЕУ во случаите: C-494/15, Tommy Hilfiger Licensing LLC and Others v DELTA CENTER a.s., ECLI:EU:C:2016:528, точка 23 и точка 29; C-314/12 UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:2014:192, точка 35-36 и точки 43-46; C-557/07, LSG-Gesellschaft, точка 46.; C-70/10, Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), ECLI:EU:C:2011:771, точка 30; C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) v Netlog NV, ECLI:EU:C:2012:85, точка 28.; C-324/09, L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others, ECLI:EU:C:2011:474, точка 131.

⁵⁴ Воведен рецитал 26 на Директивата 2004/48/ЕЗ.

повредува права на интелектуална сопственост да се **повлече од комерцијалните канали**, а во соодветни случаи да се уништат и материјалите и средствата кои, главно, се користени за создавање и производство на стоката. Тие мерки се спроведуваат на сметка на сторителот на повредата. Член 10 на Директивата 2004/48/ЕЗ се темели на член 46 на Спогодбата за трговските аспекти на правата на интелектуалната сопственост. Во член 10 став 3 на Директивата 2004/48/ЕЗ е пропишано како и во третата реченица на член 46 од ТРИПС дека при разгледување на корективните мерки е потребно да се земе во обсервација потребата од сразмерен однос помеѓу сериозноста на повредата и наложените правни средства, како и интересите на трети лица. Освен тоа, во согласност со следната реченица на член 46 од ТРИПС, во однос на стоката со злоупотребена трговска марка не е доволно едноставно да се отстранат незаконито ставените трговски марки освен во исклучителни случаи кога би се овозможило пуштање на стоката низ трговските канали. Од општата судска практика на Судот на ЕУ⁵⁵ произлегува дека член 10 од Директивата 2004/48/ЕЗ мора да се толкува и применува со земање предвид на таа одредба од ТРИПС. Треба да се напомене дека за разлика од одредбата за надомест на штета на член 13, со член 10 изречно не се бара сторителот на повредата свесно да учествувал во повредата или дека требал разумно да претпостави дека учествува во вршење на повреда за да може да се примени определената мерка.

2.2.9. Непредвидливоста на износот на надоместот на штета и малата веројатност за добивање целосен надомест за претрпената штета се главна причина која објаснува зошто носителите на правото не бараат правна заштита во рамките на граѓанското право во случај на повреда на правата на интелектуалната сопственост. Практиката покажува дека процената на висината на штетата може да биде многу сложена. Како резултат на тоа, носителите на правата на интелектуалната сопственост, правосудните органи, правните експерти и јавноста бараат поголема јасност во поглед на пресметувањето на надоместот на штета, како и поправедно доделување. Во согласност со член 13 став 1 од Директивата 2004/48/ЕЗ, државите членки се должни да им овозможат на надлежните судски тела да имаат право да му наложат на сторителот на повредата што знаел или можел да знае дека учествува во повреда, да му исплати надомест на штета соодветен на вистинската штета која ја претрпел титуларот на правото како последица на повредата. Ако сторителот на повредата дејствувал без да знае или без објективно да можел да знае, државите членки можат да предвидат само поврат на добивката (враќање по стекнување без основ) или плаќање надоместок на штета, кој може да биде однапред утврден (член 13 став 2).

Во согласност со член 13 став 1, надоместот на штетата треба да биде соодветен на вистинската штета која е претрпена како последица на повредата. Целта е во целост да се надомести претрпената штета. Директивата 2004/48/ЕЗ предвидува две можности за утврдување таков надомест на штета. Висината на надоместот на штета ја одредуваат судските тела земајќи ги предвид сите аспекти, како што се негативните последици, вклучувајќи ја и изгубената добивка што ја претрпела оштетената страна, секоја нечесна добивка која ја

⁵⁵ Видете Пресуда на Судот на ЕУ, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54; точка 60.

остварил сторителот на повредата и, во соодветните случаи, елементите кои не се стопански фактори, како што е моралната (нематеријалната) штета, што со повредата му е нанесена на носителот на правото (член 13 став 1 точка а) или алтернативно, во соодветни случаи, да го одреди надоместот на штета како паушален износ на темел на надоместокот што сторителот на повредата би бил должен да го плати, да побарал одобрение за користење на предметното право на интелектуалната сопственост (член 13 став 1 точка б).

И двете методи алтернативно треба да бидат имплементирани во националните законодавства. Надлежното судско тело, во зависност од околностите, треба да одреди кој од овие два метода ќе биде применет во конкретниот случај. Целта на овие одредби не е воведување казнена отштета, туку овозможуваат надомест на штета втемелен на објективен критериум, истовремено водејќи сметка за трошоците што се трошоци за идентификација и истражување. Насоките упатуваат дека судот треба да одлучи единствено кога не е можно да се определи надоместот по првата метода да го применат методот на паушално определување на надомест на штета. Судот треба да одлучи која од методите ќе се искористи во зависност од конкретната ситуација на секој поединечен случај.

Како тешкотија е посочено и определувањето на нематеријалната штета поради повреда на правото на интелектуална сопственост. Примери за ваква повреда е повреда на угледот, душевната болка од страдање од повредата. Проблемите произлегувале од тоа што во член 13 став 1 точка се спомнува изречно моралната штета, а кога штетата се пресметува како паушален износ, во член 13 став 1 точка б ваков вид штета воопшто не се спомнува. Сепак, Судот на Европската Унија заклучил дека таа одредба не ја исклучува можноста за надомест на моралната штета и дека при одредување на паушалниот износ треба да се земе предвид и моралната штета претрпена поради повредата⁵⁶. Во дискусиите за примена на член 13 став 1 точка б се сметало дека еднократниот хипотетичен надомест не ја надоместува севкупната штета и не дејствува превентивно во спречување на повредите на правата на интелектуалната сопственост. Во тој контекст се расправало за тоа дали Директивата 2004/48/EЗ предвидува можност за надомест на штета што би се состоел од повеќекратна вредност на хипотетичната тантиема или надомест.

Судот на Европската Унија во предметот C-494/15⁵⁷ навел дека носителот на правото чиј имотни права како автор се повредени може да бара од оној што ги повредил тие права надомест на претрпената загуба со плаќање на двократен износ на надоместот што вообичаено би го добил ако националното законодавство предвидува таков надомест. Судот укажал дека плаќањето на надоместот сам по себе не може да ги врати трошоците за истражување и утврдување на можната повреда, надоместот на евентуално претрпената морална штета или плаќање камата на износот што го должи. Судот заклучил дека паушалното определување на штета може да биде различно од вистинската загуба што ја

⁵⁶Пресуда на Судот на ЕУ, C-99/15, *Christian Liffers v Producciones Mandarina SL and Mediaset España Comunicación SA*, anciennement *Gestevisión Telecinco SA*, ECLI:EU:C:2016:173

⁵⁷Пресуда на Судот на ЕУ, C-494/15, *Tommy Hilfiger Licensing LLC and Others v DELTA CENTER a.s.*, ECLI:EU:C:2016:528

претрпел титуларот на правото и дека одредбата не би требало на премногу строг начин да се спроведува.

2.2.10. Како предизвик во спроведување на заштитата на правата на интелектуалната сопственост е и фактот дека не се воспоставени јасни и делотворни правила за надомест на **трошоците на постапката**. Постојат сознанија од јавните советувања дека носителите на правата не бараат правна заштита во рамките на граѓанското право за наводните повреди на интелектуалната сопственост најмногу поради наградите за адвокатите и другите трошоци поврзани со судските постапки и поради тоа што сметаат дека нема да им се досуди соодветен надомест за правните трошоци и останатите трошоци. Во Евалуацијата на Директивата 2004/48/ЕЗ се наведува дека правилата за надомест на правните трошоци (трошоците во граѓанските судски постапки) се разликуваат во земјите на Европската Унија и дека во одредени случаи не се овозможува целосен надомест на трошоците на онаа странка во постапката која го добила спорот⁵⁸. Во согласност со член 14 од Директивата, оправданите, сразмерните судски и останати трошоци што ги имала успешната странка во спорот ги поднесува онаа странка која не успеала во спорот, освен кога тоа е спротивно на принципот на правичност. Начелото за надомест на судските трошоци од член 14 на Директивата 2004/48/ЕЗ се применува на сите постапки за заштита на правата на интелектуална сопственост. Судот на ЕУ појаснил дека ова се однесува и на постапките за надомест на штета што ја барале странките кои по грешка биле подведени на одредени привремени мерки за обезбедување предвидени во член 7 став 4 и член 9 став 7 од Директивата⁵⁹. Тука спаѓаат и трошоците што се направени за постапката за признавање и извршување на пресудата со која се остваруваат права на интелектуална сопственост⁶⁰. Додека, пак, постапките за поништување не се опфатени⁶¹. Иако ова не е начело, на националните судови им служи како основа за определување на надоместот на трошоците. Меѓутоа, секако дека пресметувањето на трошоците што се признаваат е поврзано со националните прописи на државите во однос на ова прашање. Националните прописи не содржат секогаш правила специфични за интелектуалната сопственост, тие содржат минимални и максимални граници за трошоците на адвокатите или патентните застапници. Како резултат на тоа, пресметките на трошоците што се признаваат се многу различни. Ова е особено за земјите каде што се признава единствено паушален износ на надомест на адвокатски трошоци. Судот на ЕУ во однос на ова објаснува дека националните законодавства што предвидуваат паушален износ за адвокатскиот надомест, начелно, би било оправдано доколку се оправдани тие трошоци што треба да

⁵⁸ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States Accompanying document to the Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Social Committee on the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights COM(2010) 779 final, p. 20)

⁵⁹ Пресуда на Судот на ЕУ: C-681/13, Diageo Brands BV v Simiramida-04 EOOD, ECLI:EU:C:2015:471

⁶⁰ Пресуда на Судот на ЕУ: C-406/09, Realchemie Nederland BV против Bayer CropScience AG. EU:C:2011:668

⁶¹ Пресуда на Судот ЕУ: C-180/11, Bericap Záródástechnikai Bt. v Plastinnova 2000 Kft., EU:C:2012:717, точки 77 – 82

се надоместат. Во тој случај, би требало да се земат предвид сите фактори, како што е предметот на спорот, определениот износ или работата која ќе се изврши за потребите на застапување на определената странка. Тоа може да биде случај ако со законодавството се има цел да се оневозможи надомест на прекумерни трошоци⁶². Судот на ЕУ⁶³, исто така, смета дека со член 14 од Директивата 2004/48 /ЕЗ според кој неуспешната странка мора да ги поднесе „оправданите“ судски трошоци не може да го оправда националното законодавство кое ја спроведува оваа одредба со одредување паушален износ што е понизок од просечниот надомест што го наплатува за услугата на адвокатот во таа земја членка. Тоа е во спротивност со член 3 став 2 од Директивата 2004/48/ЕЗ во кој се наведува дека предвидените мерки, постапки и правна средства мора да дејствуваат превентивно. Освен тоа, се нагласува дека член 14 инсистира судските трошоци да бидат размерни. Судот на ЕУ укажал дека сразмерноста, сепак, не значи дека успешната странка нема право на надомест на поголемиот дел на своите оправдани трошоци. Доколку во националното законодавство има апсолутна граница за трошоците на услугите на адвокатот, мора да се обезбеди таа да овозможи надомест за услугите на адвокат од областа на интелектуалната сопственост и дека неуспешната странка ќе го поднесе значителниот дел на оправданите трошоци кои навистина ги имала успешната странка во конкретниот спор⁶⁴.

Останатите разлики помеѓу земјите членки и нивните национални законодавства се однесуваат на видот на трошоците опфатени во одредбите на националното право во спроведување на член 14 од Директивата 2004/48/ЕЗ. Во судската практика, иако судските трошоци за почнување судска постапка и другите трошоци на постапката се најчесто целосно покриени, трошоците на надворешните експерти, адвокатските надоместоци и останатите надоместоци во определени случаи само делумно се покриени. Во согласност со анализираниот член 14, сторителот на повредата мора да ги поднесе сите финансиски последици од стореното дело; а од друга страна, успешната странка има право на поголемиот, примерен дел на оправданите судски трошоци што навистина ги имала. Судот на ЕУ дава и толкување на „останати трошоци“⁶⁵ и смета дека тоа се трошоци кои директно и тесно се поврзани со определената судска постапка⁶⁶. Ова, исто така, не значи дека трошоците што не можат да се намират

⁶² Станува збор за трошоци кои настанале заради невообичаено високиот надомест договорен помеѓу странката која успеала во спорот и нејзиниот адвокат или поради тоа што адвокатот пружал услуги, кои не се сметале за потребни за спроведување на определените права на интелектуална сопственост.

⁶³ Пресуда на Судот на ЕУ C-57/15 United Video Properties Inc. против Telenet NV (UVP), EU:C:2016:611, точка 26. – 27.

⁶⁴ Пресуда на Судот на ЕУ C-57/15 United Video Properties Inc. vs. Telenet NV (UVP), EU:C:2016:611, точка 29. – 30.

⁶⁵ Пресуда на Судот на ЕУ од 28.7.2016., C-57/15, United Video Properties Inc. vs. Telenet NV (UVP), EU:C:2016:611, точка 22, 29, 34, 36.

⁶⁶ На пример, Судот на ЕУ сметал дека нема директна и тесна врска со определен спор трошокот за технички советник кој вршел набљудување и анализа на пазарот за да утврди дали има повреда на правата на интелектуална сопственост што можат да му се припишат на непознат сторител. Меѓутоа, сметал дека треба да се признаат трошоци за технички советодавец што биле нужни да се почне правна постапка и во одреден случај за остварување на правото и тие се сметаат како „останати трошоци“. Судот на ЕУ, толкувајќи го член 14 од Директивата 2004/48/ЕЗ, појаснил

по основ на член 14 не можат воопшто да бидат намирени, напротив, тоа може да се пресмета во надоместот на штета и да се добие во рамките на ова тужбено барање. Член 14 се однесува на таканаречените правни трошоци, судските такси, на надоместоците на адвокатот и техничките советодавци доколку нивната активност е директно и тесно поврзана со судскиот спор. Конечно, земјите членки се должни да предвидат дека, во постапките за повреда на правото на интелектуална сопственост, надлежните судски органи ќе можат, по барање на овластеното лице и на трошок на повредувачот на правата на интелектуална сопственост, да наложат соодветни мерки за ширење на информациите во врска со одлуката, вклучително и изложување и објавување на одлуката, било во целост или делумно.

Различната имплементација на Директивата 2004/48/ЕЗ во националните законодавства на земјите членки и другите земји кои се обврзани да ги имплементираат решенијата содржани во оваа Директивата го актуализира прашањето за применливото право и судската надлежност. Директивата 2004/48/ЕЗ не е насочена за воспоставување усогласени правила за правосудна соработка, надлежност, или признавање и извршување во граѓански и трговски предмети ниту има правила за решавање на прашањето за меродавно право. Постојат други правни инструменти на ЕУ што ги регулираат тие прашања и овие правила се еднакво применливи и на интелектуалната сопственост и на постапките поврзани со правата на интелектуалната сопственост⁶⁷.

3. Спроведување на правата на интелектуалната сопственост – граѓанско-правна заштита според правото на Република Северна Македонија

Спроведувањето на граѓанско-правната заштита на интелектуалната сопственост и во нашата држава се соочува со голем број предизвици. Според статистиката која (не) се води во судовите⁶⁸, може да се каже дека нема голем број спорови каде што во граѓанско-правна постапка се бара заштита од повреди на

дека овој член ги исклучува националните законодавства кои предвидуваат дека трошоците на техничките советодавци можат да се надоместат единствено ако неуспешната странка постапувала со вина, под услов ако трошоците биле директно и тесно поврзани со судската постапка со која се настојувало да се заштити правото на интелектуална сопственост.

⁶⁷ Во однос на тие други правни инструменти на ЕУ во граѓанските и трговските спорови, надлежноста на судовите на државите членки се утврдува со Регулацијата Брисел I [Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters *OJ L 351*]. Со оваа Регулација се уредува и признавањето и извршувањето на одлуките на наведените судови во ЕУ.; Правилата за применливо право во однос на вондоговорните обврски што често се спорни во постапките за спроведување на правата на интелектуална сопственост се утврдени со Регулацијата Рим II Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *OJ L 199*

⁶⁸ Статистичките податоци што се поврзани со судските постапки за заштита на ПИС за периодот од 2016 до 2020 година не се објавени. Последните објавени податоци се однесуваат на периодот од 2013 до 2015 година, што создава големи тешкотии за јакнење на капацитетите на судовите, како и за добивање веродостојни податоци што би довело до подобрување на состојбата во судството.

правата на интелектуалната сопственост. На советувањата одржани во изминатите година во Академијата на судии и јавни обвинители⁶⁹, се укажува дека поради судските такси, тешкотиите во докажувањето на повредата, трошоците на постапката (ангажирање вешти лица и експерти, високиот надомест на адвокатите за вакви спорови според адвокатската тарифа⁷⁰) во парничната постапка, носителите на овие права сè почесто иницираат казненоправна заштита за повреда на правата на интелектуална сопственост⁷¹.

Во нашата држава правните норми за спроведување на граѓанско-правна заштита на интелектуалната сопственост се поместени во правните прописи со кои се уредуваат правата на индустриска сопственост (Законот за индустриската сопственост), авторското право и сродните права (Законот за авторското право), во однос на надоместот за штета се применуваат нормите на Законот за облигационите односи⁷², парнична постапка (Законот за парничната постапка) и прописите со кои се уредува обезбедувањето на побарувањата (Законот за обезбедување на побарувања).

Во однос на определувањето на кругот применливи прописи, битно е да се нагласи дека одредбите на ЗИС и ЗАПСП со кои се уредува судската заштита на правата на интелектуална сопственост имаат предимство пред примената на одредбите од процесните закони. Со други зборови, доколку ЗИС и ЗАПСП не содржат конкретни правила, ќе се применуваат одредбите на соодветните процесни закони.

Во поглед на надлежноста на судовите се применуваат повеќе прописи. Стварната надлежност се уредува со Законот за судовите (ЗС)⁷³. Месната надлежност и составот на судот се уредени со Законот за парничната постапка (ЗПП) и со Законот за обезбедување на побарувањата (ЗОП). Во ЗИС (членови 291–315) и ЗАПСП (членови 159–179), пак, се содржани конкретни процесни правила, како и конкретни барања што овластените лица можат да ги истакнат во постапките за заштита на правата.

⁶⁹ Темите за спроведување на правото на интелектуална сопственост: Граѓанско-правна заштита на правата на индустриска сопственост и Граѓанско-правна заштита на авторското право и сродните права биле дел од континуираната обука. Академијата врши постојана едукација на судии и јавни обвинители согласно со Правилникот за континуирана обука („Службен весник на Република Македонија“ бр. 77/2015, 15/2017 и 19/2017).

⁷⁰ <http://www.mba.org.mk/index.php/mk/akti/advokatska-tarifa> (посетено на 12.01.2022)

⁷¹ Кривичен законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18); Кривични дела: повреда на авторско право и сродни права, член 157 од Кривичниот законик (повредата на материјалните права се гони по службена должност, гонењето за повреда на морално право се презема по предлог); повреда на правото на дистрибутерот на техничко, посебно заштитен сателитски сигнал, член 157-а од Кривичниот Законик (се гони по службена должност); пиратерија на аудиовизуелно дело, член 157-б од Кривичниот Законик (се гони по службена должност); пиратерија на фонограм, член 157-в од Кривичниот законик (се гони по службена должност); неовластена употреба на туѓа фирма и регистрирани знаци, член 285 од Кривичниот законик (се гони по службена должност); неовластена употреба на туѓ пронајдок или софтвер, член 286 од Кривичниот законик (се гони по предлог).

⁷² Закон за облигационите односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/01, 04/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09 и 123/13 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 215/21).

⁷³ Закон за судовите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 58/06, 62/06, 35/08, 150/10, 83/18, 198/18 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 96/19).

3.1. За правото на заштита од повреда (право на тужба) во македонското право

Согласно со ЗИС и ЗАПСП, лицето чиешто право стекнато со ЗИС и ЗАПСП е повредено има право на заштита на правото со поднесување тужба пред судот којшто е надлежен за решавање на споровите за правата од индустриска сопственост и авторското право и сродните права.

Повредата на правата на интелектуална сопственост има неколку обележја: прво, дејствието треба да се однесува на предметот на заштита (објектот на правото) врз кој на определен субјект му се признаваат определени овластувања (како субјективно право); второ, дејствието на повреда треба да се совпаѓа со некое од овластувањата што ја чинат содржината на субјективното право; трето, дејството на повреда треба да е извршено на територијата на важење на правото; четврто, дејствието на повреда треба да е извршено за време на траење на правото; петто, дејствието на повреда треба да е противправно.

Во ЗИС и ЗАПСП се утврдува кој може да поднесе тужба за повреда на правата, односно се утврдува активната легитимација за водење спор за заштита на правата од интелектуална сопственост.

Подносител на тужба можат да бидат подносител на пријава/носител на право, автор/пронајдувач/конструктор, овластен корисник на географска ознака односно ознака на потекло на производ, овластен корисник на колективна и сертификатна трговска марка, носител на исклучителна лиценца, лицата кои се стекнале со одредено право врз основа на некоја правна работа (договор, наследство и сл.) и тие можат да поднесат тужба против лицето кое ги повредило правата. Кога постојат повеќе подносител/носител на некое право, секој од нив може да побара заштита.

ЗАПСП не содржи одредби за рокот за поднесување тужба за повреда на авторското право и сродните права. Следствено се применуваат роковите утврдени со ЗОО. За разлика од ЗАПСП, според ЗИС тужбата може да се поднесе во рок од 3 години кога тужителот дознал за повредата (субјективен рок), но не подоцна од 5 години од настанувањето на повредата (објективен рок).

3.2. Надлежни судови

Правото на судска заштита се остварува во парнична постапка⁷⁴ пред надлежните судови. Во поглед на стварната надлежност, надлежни се основните судови со проширена надлежност согласно со член 31 став 1 од Законот за судови⁷⁵. Во основните судови со проширена надлежност не постојат специја-

⁷⁴ За парничната постапка, види повеќе Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., Ракочевиќ М., Најновите измени во парничното законодавство на Република Македонија според новелата на Законот за парничната постапка од 2015 година, *Деловно право, Издание за теорија и практика на правото*, година XVI, број 33, Скопје, 2015, стр. 59-82; Јаневски А., Ракочевиќ М., Најновије измене у парничном законодавству Republike Makedonije u domenu posebnih parничних postupaka prema noveli zakona o parничном postupku iz 2015 godine, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума*, Источно Сарајево, 2017, стр. 479-490

⁷⁵ Основниот суд во Битола и за подрачјето на Основниот суд во Ресен, Основниот суд во Прилеп и за подрачјето на Основниот суд во Крушево, Основниот суд во Охрид за подрачјето на Основниот суд во Охрид, Основниот суд во Струга за подрачјето на Основниот суд во Струга, Основниот суд во Гостивар за подрачјето на Основниот суд во Гостивар, Основниот суд

лизирани одделенија што би ги решавале овие спорови. Согласно со член 33 од Законот за судовите, апелационите судови се надлежни да решаваат по жалбите против одлуките на основните судови. Што се однесува до месната надлежност, не постојат некои посебни правила ниту во ЗИС и ЗАПСП ниту во ЗПП, така што општо меснонадлежен би бил судот на живеалиштето (или судот на чие подрачје тужениот има престојувалиште, ако тужениот нема живеалиште во Република Македонија), односно седиштето на тужениот. Посебна месна надлежност би можела да се заснова во споровите за надомест на штета поради повреда на правата на интелектуална сопственост, кога надлежен би бил и судот на чие подрачје е извршено штетното дејствие или судот на чие подрачје настапила штетната последица⁷⁶. Доаѓа предвид и примената на решенијата од ЗПП со кои се уредува надлежноста за сопарничарите⁷⁷.

Во поглед на прашањето за составот на судот, постои специфичност кај постапката за заштита на правата на интелектуална сопственост. Имено, согласно со ЗПП, споровите што се однесуваат на заштита или на употреба на правата од интелектуална сопственост ги суди совет, без оглед на вредноста на предметот на спорот.

Во поглед на меѓународната надлежност, надлежноста на македонскиот суд ќе се заснова кога неговата надлежност произлегува од одредбите за месната надлежност на суд во Република Северна Македонија⁷⁸.

ЗАПСП, за разлика од ЗИС, не утврдува дека постапката по тужбата е итна. ЗПП посветува особено внимание на споровите од интелектуална сопственост. Тоа се гледа од одредбите од член 36, став 5 од ЗПП, според кои овие спорови во прв степен ги суди совет независно од вредноста на спорот⁷⁹. Исто така, кај овие спорови, согласно со член 372, став 3, точка 4 од ЗПП, ревизија може да се поднесе независно од вредноста на спорот⁸⁰. Поради прептовареноста на основните судови, а имајќи го предвид карактерот односно специфичноста и тежината на овие спорови, во практиката се случува овие спорови да траат неоправдано долго, иако согласно со одредбите од членови 41–50 од ТРИПС и член 3 од Директивата 2004/48/EЗ се пропишува ефективно и ефикасно завршување на овие спорови и се бара од државите договорнички да го спречат неоправданото одолжување на судските постапки за повреда на правата од интелектуална сопственост.

во Кичево и за подрачјето на основните судови во Кичево и Дебар, Основниот суд во Тетово за подрачјето на Основниот суд во Тетово, Основниот суд во Куманово и за подрачјето на основните судови во Крива Паланка и Кратово, Основниот суд во Кочани и за подрачјето на основните судови во Берово, Винаца и Делчево, Основниот суд во Велес за подрачјето на Основниот суд во Велес, Основниот суд во Гевгелија за подрачјето на Основниот суд во Гевгелија, Основниот суд во Кавадарци и за подрачјето на Основниот суд во Неготино, Основниот суд во Струмица и за подрачјето на Основниот суд во Радовиш и Основниот суд во Штип и за подрачјето на Основниот суд во Свети Николе.

⁷⁶ Јаневски А., Зороска-Камиловска, Граѓанско-процесно право, Книга прва – Парнично право, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2009, стр. 132

⁷⁷ Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., *ibid*, стр. 202

⁷⁸ Закон за меѓународно приватно право „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 32/2020 за судска надлежност види член 14, а за применливо право во однос на правата на интелектуална сопственост види членови 69–72

⁷⁹ Види повеќе Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., *ibid*, стр. 124

⁸⁰ Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., *ibid*, стр. 476

3.3. Видови тужби

Видовите тужбени барања што можат да се постават во парничната постапка за заштита на правата на индустриска сопственост се дефинирани во ЗИС и во ЗАПСП. Според ЗИС (член 294) и ЗАПСП (член 166), можат да се постават следниве тужбени барања: утврдување дека постои повреда на правото; забрана на дејствијата наведени во тужбата со кои се повредува правото – престанок на дејствијата на повредата; надоместок на штета која настанала со повредата на правата со намера или од невнимание – надоместок на материјална и нематеријална штета; враќање на користите стекнати од недозволеното користење; одземање и уништување на производите кои се создадени или ставени во промет со повреда на правото и средствата употребени за нивно производство; означување на авторот; тужениот да даде информации за идентитетот на трети лица вклучени во производство и дистрибуција на стоки или услуги со кои се повредуваат правата, како и за нивните дистрибуциски канали; доставување на документацијата и податоците од лицето кое го повредило правото; граѓанска казна – зголемен надоместок; објавување на пресудата на трошок на тужениот и други барања⁸¹.

Притоа, битно е да се каже дека не станува збор за затворена листа тужбени барања, бидејќи ЗИС и ЗАПСП предвидуваат дека можат да се постават и други барања, покрај оние изречно предвидени во законот. Дел од овие тужбени барања се резултат на потребата од имплементирање на одредбите на Директивата 2004/48/ЕЗ за спроведување на правата на интелектуална сопственост во македонското законодавство.

Тужбата за престанок на вршење на дејствијата со кои се врши повредата на некое право од интелектуална сопственост се поднесува со цел судот да забрани натамошно вршење на повредата. Оваа тужба може да се поднесе не само во случај кога со забранетото дејствие е предизвикана штета, туку и во случај кога постои реална опасност за настанување штета. Целта на оваа тужба е да се спречи вршењето повреда во иднина. Оваа тужба може да се поднесе против сите лица кои учествувале во извршувањето на повредата и со неа мора точно да се назначи со кои дејствија извршителот на повредата треба да престане со цел да се заштити конкретното право. Со тужбата не се докажува вината на сторителот, туку само постоењето на штетното дејствие. Основата за поднесување на оваа тужба лежи во член 291 од ЗИС и член 160 и 173 од ЗАПСП, во член 9 и член 143 од ЗОО. Со оваа тужба може да биде истакнато и барање да се отстранат состојбите, односно да се уништат средствата за натамошно вршење на повредата од член 143 од ЗОО. Тоа е со цел да се отстранат евентуалните можности за вршење на тоа дело во иднина. Нејзиниот ефект е да се дејствува превентивно, бидејќи со отстранување на можностите се обезбедува тужителот дека тужениот нема да има можност да продолжи со тоа дејствие⁸². Во прак-

⁸¹ За видовите тужбени барања, спореди: Marković, S., Popović, D., *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2013, str. 246-252.

⁸² Во практиката, со таквото тужбено барање се обезбедува да бидат уништени етикетите, амбалажата, рекламните паноа, машините, клишеата со кои се изработуваат средствата со кои се врши повредата.

тиката, тужителите речиси редовно бараат со тужбеното барање уништување на средствата, но не може да се најде судска практика каде што тужителот барал и уништување на машините и опремата⁸³. Сметаме дека поефектно може да се обезбеди некористење на опремата доколку со предлог за издавање привремена мерка се бара привремено одземање, односно заплenuвање на машините до правосилно завршување на спорот, согласно со Законот за обезбедување на побарувања⁸⁴.

Со тужба може да се бара **отстранување на состојбата која е создадена со повредата**. Всушност, оваа тужба ја дополнува тужбата со која се бара забрана за натамошно вршење на повредата. Оваа тужба има цел да ја отстрани и можноста за вршење на делото. Ова е потребно бидејќи доколку судот донесе пресуда со која на сторителот му забрани во иднина да го повредува правото на интелектуална сопственост, тоа не значи дека сторителот нема можност и понатаму да ја врши повредата, ако не биде отстранета состојбата со која е создадено тоа дело. Со тужбата може да се бара и уништување на сè што овозможило вршење на повредата. Оваа тужба може да се поднесе заедно со тужбата за забрана за понатамошно вршење на повредата, но нема пречки да се поднесе и како самостојна, посебна тужба. Тужителот не е должен со оваа тужба да ја докажува вината на тужениот, кој одговара според начелото на **каузалитет**. Имено, состојбата создадена со повредата чие отстранување се бара е последица на извршено дело и тоа е доволна причина да се бара од судот да го усвои барањето за отстранување на создадената состојба.

Тужбата за поврат на правно неосновано стекната корист осиромашениот против збогатениот може да се поднесе во случај кога по пат на повреда на некое право од интелектуална сопственост некоја имотна вредност ќе премине од имот на едно лице во имот на друго лице, а за тоа не постои или престанала да постои правната основа (договор, закон) која ќе го оправда тоа⁸⁵. Како тужител може да се појави осиромашеното лице, значи она лице од чиј имот нешто поминало во имотот на збогатениот. Тужбата се поднесува против збогатеното лице, против лицето чиј имот е зголемен за сметка на имотот на осиромашениот. Во практиката на Република Северна Македонија, вакви тужби не ни се познати.

Може да се поднесе и **тужба за надомест на штета** која оди заедно со барање за утврдување на повреда на правото или по утврдувањето на повредата. Во поглед на правото на обесштетување, во принцип, се упатува на примената

⁸³ Ова е најверојатно затоа што машините можат да се искористат и за други намени, па не може со пресуда да се уважи тужбеното барање за уништување машини кои, на пример, можат да печатат и други етикети или да прават и друга амбалажа.

⁸⁴ Вакво барање оправдано може да се постави во кривичната постапка, каде што машините со кои е сторено кривичното дело можат да се одземат ако постои опасност за повторување на делото.

⁸⁵ Согласно со член 199 од ЗОО, стекнување без основ постои кога дел од имотот на едно лице премине на кој било начин во имотот на некое друго лице, а тоа преминување нема своја основа во некоја правна работа или во законот, така што стекнувачот е должен да го врати тој дел од имотот, ако е можно тоа, а инаку е должен да ја надомести вредноста на постигнатата корист. Под премин на имотот се подразбира и стекнување корист со извршено дејствие. Обврската за враќање, односно за надомест на вредноста настанува и кога нешто ќе се прими со оглед на основот што не се остварил или кој подоцна отпаднал. Правилата за враќање се уредени со членови 200–208 од ЗОО.

на одредбите од ЗОО. Според општите правила на ЗОО, тужителот би требало да ги докаже постоењето на штетно дејствие, штета и каузалитет, додека вина-та, но само во облик на обично невнимание⁸⁶, се претпоставува.

Оштетениот носител на правото на интелектуална сопственост има право на надомест и на нематеријалната и на материјалната штета што ја претрпел со повредата на неговите овластувања или, пак, со повреда на договорна обвр-ска⁸⁷.

Нематеријалната штета е резултат на повреда на личните права, односно моралните овластувања на носителот на правото на интелектуална сопственост. Тужителот би имал право на надомест на нематеријалната штета и кога би дошло до повреда на договорна обврска⁸⁸. Нематеријалната штета согласно со ЗОО се надоместува во форма на морална и на материјална сатисфакција. Објавувањето пресуда е еден од облиците на морална сатисфакција којашто е применлива во случаите на повреда на правата на интелектуална сопственост. Предмет на објавување е само правосилната пресуда, а не и решението за изрекување привремена мерка. Пресудата се објавува на трошок на тужениот. Судот, во границите на тужбеното барање, одлучува за местото, начинот и обемот на објавата. Кога станува збор за паричното надоместување на нематеријалната штета, се применуваат правилата на ЗОО, при што овие еднакво се однесуваат на повредите кои ги претрпуваат и физичките и правните лица, соодветно на карактеристиките на правните лица.

Во однос на обемот на надомест на материјалната штета, носителот на правото на интелектуална сопственост би имал право на надомест и на обичната штета и на испуштената корист. Доколку би станувало збор за повреда на договорна обврска, обемот на штета би бил ограничен само на предвидливата штета. Во однос на висината на надоместокот на материјалната штета, таа се определува според цените во времето на донесувањето на судската одлука. Законите со кои се штити правото на интелектуална сопственост предвидуваат дека со тужбата може да се бара плаќање надоместок во износ кој со оглед на околностите би можел да се бара во договорот за лиценца или пренос на правото доколку тој бил склучен (член 168 од ЗАПСП и член 299 став 2 од ЗИС). Тука станува збор за определување посебен метод за утврдување на надоместот на штетата, по аналогија со лиценциот надомест или надомест за авторско и сродно право. Во поглед на начинот на надоместување на материјалната штета, можна е или натурална и/или парична реституција, иако неутралната реституција е тешко замислива.

Националното законодавство ја предвидува и **граѓанската казна** како облик на надоместување на штета (член 170 од ЗАПСП и член 303 од ЗИС). За изрекување граѓанска казна е битно да се исполнат неколку услови. Прво, потребно е правото на интелектуална сопственост да биде повредено со намера или крајна небрежност, како облици на вина. Имајќи предвид дека овие облици на вина не се претпоставуваат, потребно е тужителот да ги докаже. Второ, при

⁸⁶ Види член 145 од ЗОО.

⁸⁷ Види член 168 и член 169 од ЗАПСП и член 299 од ЗИС.

⁸⁸ Види Zdraveva N.; Liability for Immaterial Damage for the Breach of the Moral Rights on Intellectual Creations in the Macedonian Law; International magazine for social sciences "VIZIONE" Skopje, Vol. 37/2021.

одлучувањето по барањето за плаќање на граѓанската казна, судот треба да ги има предвид сите околности на случајот, а особено степенот на вината на тужениот, износот, вообичаениот надомест, како и превентивната цел на граѓанската казна. Трето, основа за определување на износот на граѓанската казна е вообичаениот лиценцен надомест. Четврто, висината на граѓанската казна ја определува судот, имајќи ги предвид истите околности што ги цени при нејзиното изрекување, и тоа преку зголемување на вообичаениот лиценцен надомест за најмногу до 200 %. Со други зборови, зголемување мора да има, но тоа не може да биде поголемо од 200 %. Петто, граѓанската казна може да се изрече независно од тоа дали тужителот поради повредата на правото на индустриска сопственост претрпел материјална штета во износ на граѓанската казна. Конечно, доколку материјалната штета е поголема од граѓанската казна, носителот на правото има право да ја бара разликата до целосно обесштетување. Тужбеното барање е надоместување според својата правна природа.

3.4. Мерки за обезбедување

Како мерки на обезбедување, според ЗИС и ЗАПСП, соодветно и ЗОП се сметаат привремените мерки и доставувањето податоци. Мерки за обезбедување постојат и во посебниот Закон за царински мерки за спроведување заштита на правата од интелектуална сопственост⁸⁹ кој нема да биде предмет на анализа во овој труд.

ЗИС и ЗАПСП содржат посебни одредби за определување привремени мерки, но истовремено се повикуваат и на одредбите од ЗОП кои се однесуваат на определувањето привремени мерки.

Доколку носителот на правото пријави дека дошло до повреда на неговото исклучиво право, судот, на негов предлог, може да определи привремени мерки заради обезбедување побарувања според овој закон, а особено: (1) да се заплена, исклучат од промет и сочуваат примероци, средства, опрема и документи во врска со нив, (2) да се забранат дејствија на евентуални повреди или нивно продолжување и (3) да се донесат други слични мерки⁹⁰.

Доколку постои основано сомнение дека заштитата подоцна не може да се оствари, судот може да ги изрече и да ги изврши мерките, без претходно известување и сослушување на спротивната страна.

Според ЗОП, привремена мерка може да се дозволи пред поведувањето и во текот на судската или управната постапка, како и по завршувањето на тие постапки, сè додека нема да биде спроведено извршувањето. Законодавецот познава привремени мерки за обезбедување парично и непарично побарување. Согласно со ЗОП, привремена мерка за обезбедување парично побарување може да се дозволи ако доверителот го сторил веројатно постоењето на побарување и опасноста дека без таква мерка должникот ќе ја осуети или значител-

⁸⁹ Закон за царински мерки за спроведување на заштита на правата од интелектуална сопственост („Службен весник на Република Македонија“ бр. 88/15, 154/15, 192/15 и 23/16 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 110/21).

⁹⁰ Одредбите за привремените мерки се во согласност со членови 3, 6, 7–8, 16–17, 20, 23, 26, 28–31, 34 и 41–61 од ТРИПС и член 2 и член 4 од Конвенцијата за основање на WIPO членови 7, 8, 9, 11 од 2 *Директивата 2004/48/EЗ*

но ка ја отежне наплатата на побарувањето, со тоа што својот имот, односно своите средства ќе ги отуѓи, прикрие или на друг начин ќе располага со нив. Доверителот не мора да ја докажува опасноста ако стори веројатно дека со предложената мерка должникот би претрпел само незначителна штета.

Заради обезбедување парично побарување, може да се дозволи секоја мерка со која се постигнува целта на таквото обезбедување.

Според ЗОП, заради обезбедување непарично побарување, може да се дозволи привремена мерка ако доверителот го сторил веројатно постоењето на побарување и опасност дека инаку остварувањето на побарувањето ќе се осуети или значително отежне. Привремена мерка може да се дозволи и кога доверителот стори веројатно дека мерката е потребна за да се спречи употребата на сила или настанувањето штета.

Судот може, по предлог на доверителот, да дозволи привремена мерка и кога не го стори веројатно постоењето на побарување и опасност, ако претходно го положи, во рокот што му е оставен, износот што судот ќе го определи како гаранција за штетата што на должникот би можела да му биде нанесена со дозволувањето и спроведувањето нпривремена мерка. На тоа посебно инсистираат СТО, Европската Унија, особено во постапките за повреда на правата од интелектуална сопственост (види го Протоколот за прием на Република Македонија во СТО).

Судот може, со оглед на околностите на случајот, по предлог на доверителот, да дозволи и повеќе привремени мерки, ако е потребно тоа. Во решението со кое се дозволува привремена мерка ќе се определи времето на траење на таа мерка, а ако мерката е дозволена пред поднесување тужба или поведување друга постапка – и рокот во кој доверителот мора да поднесе тужба, односно предлог за поведување друга постапка, заради оправдување на мерката. Судот, по предлог на доверителот, ќе го продолжи времето на траење на привремената мерка, под услов да не се промениле околностите под кои е дозволена таа мерка.

Должникот има спрема доверителот право на надомест на штетата што му е нанесена со привремената мерка за која е утврдено дека била неоснована или која доверителот не ја оправдал.

Намената на мерка на обезбедување **доставување податоци и други документи** е да го олесни добивањето на податоците и документацијата во врска со повредата на правото на интелектуална сопственост. Ова е од причина што лицата кои ги повредуваат правата многу вешто и прикриено ги пуштаат пиратските и фалсификуваните производи во промет, ја уништуваат документацијата за производство, за дистрибуција, за печатење и сл. Затоа е потребно да се осигураат, односно да се обезбедат докази, притоа без да се извести лицето кое ги повредило авторското право и сродните права, што значи *audiatur in altera pars*. Бидејќи производителот, печатарот, увозникот, дистрибутерот, консигнаторот, сопственикот, продавачот, имателот на примероци или средства со кои било повредено правото и др. се учесници и, исто така, сторители на повредата, тие се должни без одлагање да ги достават податоците и документите до носителот на повреденото право. Се разбира, лицата можат да побараат носителот на правото да им се легитимира дека навистина е носител на правото; во спротивност, тие имаат право да одбијат да ги достават бараните податоци и доку-

менти. Лицето кон кое е поставено барањето за доставување податоци може да го одбие доставувањето на тие податоци од исти причини од кои, според правилата од Законот за парничната постапка, може да се одбие сведочење. Доколку го одбие доставувањето податоци без оправдана причина, одговара за штета во согласност со одредбите од Законот за облигационите односи. Овие норми од ЗИС и ЗАПСП не влијаат на прописите за начинот на користење доверливи информации во граѓанска, прекршочна или кривична постапка, на прописите со кои се уредува одговорност за злоупотреба на правата за добивање податоци, како и на прописите со кои се уредува обработката и заштитата на личните податоци. Ова барање за доставување информации и податоци не ја спречуваат примената на одредбите за привремените мерки и за мерките за обезбедување докази од овој Закон.

Доколку носителот на правото ги злоупотреби податоците, односно документите кои ги прибавил од означените лица, а со тоа им причинил и штета, должен е да ја надомести штетата. Се разбира, за да постои одговорност, и тука е потребно да има причинско-последична врска помеѓу забранетото дејствие и причинетата штета.

Инаку, обезбедувањето докази во нашето право се прави преку примена на општите принципи на Законот за парнична постапка (членови 257–261). Имено, тоа се прави преку преземање мерки за обезбедување на доказите, како што се, на пример, признавање документи, мислење на експертите или сослушување на сведоците.

Обезбедувањето докази според Законот е можно само во текот на постапката, но и пред, како и по нејзиното правосилно завршување. Според ЗПП, постои можност за осигурување докази *ex parte*, што значи без претходна најава, односно известување на тужениот (сторителот на повредата на авторското право) за потребите на процесот. Во поднесокот со кој се бара обезбедување докази предлагачот е должен да ги наведе фактите што треба да се докажат, доказите што треба да се изведат и причините поради кои смета дека подоцна доказот не ќе може да се изведе или дека неговото изведување ќе биде отежнато. Во поднесокот треба да се наведе името и презимето на противникот, освен ако од околностите произлегува дека тој не е познат. Ова е заради обезбедување максимално расположливи мерки за обезбедување докази за дејствието, пред тужениот да може да ги побива доказите, и секако да се идентификуваат снабдувачите (или другите лица кои се соучесници во повредата).

4. Заклучни согледувања

Новите општествени и економски услови наметнуваат постојано да се преиспитува местото, улогата, системот на заштита, односно севкупната правна рамка на правото на интелектуална сопственост.

Кога станува збор за граѓанско-правната заштита како дел од системот за спроведување на заштитата на правата на интелектуална сопственост, од направената анализа може да се заклучи дека правната рамка е исправена пред повеќе предизвици.

Прво, со развојот на новите технологии и можноста повредата на правата да се направи во рамките на интернет-просторот доведуваат до тоа повредата на правото во една држава да стане повреда во повеќе држави од што произлегуваат комплексни прашања за надлежноста и применливото право, но и за стандардите на заштита што постојат во различни земји. Имено, националните законодавства за спроведување на заштитата на правата на интелектуална сопственост се разликуваат, па така за носителот на правото станува неизвесно дали и како ќе може да го заштити своето право. Разлики постојат во видот на тужбените барања што ќе може да се постават, во привремените мерки што може да се бараат, во можноста да се бараат мерки пред почнување на парницата за мериторно решавање на спорот, во висината на гаранциите што треба да се дадат за да се преземат тие мерки, во времето во кое може да траат мерките и во рокот во кој ќе треба доколку се дозволени вакви мерки, да почне парница со поднесување тужба. Истражувањата покажуваат дека различни национални судови, па понекогаш и судови во иста земја имаат различен однос кон трошоците што им се признаваат на странките што успеале во своето тужбено барање. Исто така, анализата на судската практика покажува дека има разлики и во висината на надомест на штета што ја пресудиле судовите во случај кога таа настанала како последица од повреда на правата на интелектуалните права (обична штета, изгубена добивка и нематеријална штета)⁹¹.

Второ, правото на интелектуална сопственост е специфична правна гранка, па специјализирани познавања на оваа област се неопходни за ефикасност и ефективност на заштитата. Оттука, неопходно е да се специјализираат судовите или судските совети што ќе судат предмети и ќе одлучуваат за тужбените барања, како и во постапки за обезбедување побарувања кои ќе одлучуваат за привремените мерки, обезбедување докази и обезбедување информации при повреда на правата на интелектуалната сопственост. Специјализираното судење на овие спорови од точно определени судови и судски совети се покажува и во светот и во нашето тесно опкружување како особено битно во постигнување ефикасна и ефективна заштита на правата на интелектуална сопственост⁹².

Трето, кога станува збор спроведувањето на правата на интелектуална сопственост во парнична постапка, се поставува прашањето за можноста за поголемо користење на медијацијата и другите форми на алтернативно решавање на овие спорови пред специјализирано обучени медијатори и арбитражни тела⁹³. Овие постапки би биле побрзи и поефективни и, на одреден начин, би

⁹¹ Спореди за надоместот на штета при повреда на авторско право и сродните права кај Милић Д., Коментар закона о ауторском и сродним правима са судском праксом и меѓународним конвенцијама и уговорима, ННК Интернационал, 2005, стр. 229-232

⁹² Во многу земји постојат специјализирани судови за заштита на правата на интелектуална сопственост или, пак, специјализирани одделенија, бидејќи е оценето дека овие спорови можат да ги судот судии што се континуирано едуцирани во областа на заштита на правата на интелектуалната сопственост. Ваква специјализација и ефикасност во заштитата се очекува и со воспоставувањето на Единствениот суд за патенти во ЕУ (UPC), за потпишувањето на Спогодбата и надлежностите, видете повеќе : <https://legal-patent.com/patent-law/pap-is-in-force-upc-possible-in-2022>

⁹³ За предностите на арбитражата и за арбитрабилност на споровите, видете повеќе Зороска-Камиловска Т., Арбитражно право, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2015, стр. 1-10, 88-104;

обезбедиле и странките да не се експонираат во јавноста⁹⁴. Ваквите постапки би зазеле место при повредите на правата на интелектуална сопственост што се вршат на интернет и социјалните мрежи⁹⁵.

Четврто, неопходно е постојано да се едуцираат носителите на правата за начините на кои се спроведуваат правата на интелектуална сопственост, односно кои барања, мерки и правни средства им стојат на располагање и како можат да ги заштитат своите права. Исто така, носителите на право треба да имаат предвид дека не треба да се оди и во друга крајност, и дека парниците не служат за збогатување и за злоупотреба на нивните права. Граѓанско-правната заштита треба да дејствува превентивно против оние што ги повредуваат правата, но не треба да служи за надоместување на несразмерните и непотребните трошоци направени во парницата.

Петто, техничките мерки можат да претставуваат ефективна и ефикасна заштита на правата на интелектуална сопственост. Меѓутоа, нивното користење не треба да доведе до непотребно ограничување на правата на корисниците, до ситуации кога се повредуваат права на трети лица и им се оневозможува остварување на другите човекови права. Имено, на корисник на определена дигитална содржина, на компјутерски софтвер или слично не би смеело со определени технички мерки да му се наметнат ограничувања што се недозволени во лиценцните договори, спротивни се на авторското право или конкурентското право⁹⁶.

Правото на интелектуална сопственост иако се штити територијално, последиците од повредувањето најчесто се прелеваат преку границите на националните територии на државите. Затоа се настојува освен за материјално-правното уредување на правата на интелектуална сопственост, да се воспостават и меѓународни стандарди за спроведување на правата на интелектуалната сопственост. Неспорно е дека постојат сериозни активности, и на меѓународно и на европско тло, за воведување на еден сет единствени правила што ќе се применуваат на постапките за остварување на заштитата на правата на интелектуална сопственост. Материјално-правната рамка на правото на интелектуална сопственост може да има ефект на трговијата само ако постојат реални механизми за спроведување на содржината на правата на интелектуална сопственост. Во спротивно, домашните, меѓународните и европските материјално-правни правила ќе се сведат на проста декларација. Ова, секако, не значи дека активностите на меѓународно и на европско поле што се однесуваат на материјално-правните прашања не се од соодветна важност, зашто правилата за спроведувањето на заштитата на правата на интелектуална сопственост се појавуваат како надградба на материјално-правните стандарди. Исто така, ова

⁹⁴ Со помош на алатките на WIPO-СОИС, постапките за ADR (алтернативно решавање на спорови) на СОИС редовно се спроведуваат целосно или делумно преку Интернет. Центарот на СОИС во 2021 година ги ажурираше Правилата за медијација, арбитража, забрзана арбитража и експертски решенија од вешти лица на СОИСи ги потврди он лајн процедурални опции. <https://www.wipo.int/amc/en/rules/> (посетено на 21.01.2022)

⁹⁵ Видете повеќе Пепељугоска А. „Заштита на интелектуалната сопственост на социјалните мрежи“, Центар за европско применето право и економија CEPPE Скопје 2013 стр.103-112

⁹⁶ За ова видете повеќе: Marković M. Slobodan „Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo“ JP Službeni Glasnik Beograd 2014 стр. 154-155; Lucchi, N. “Intellectual Property Rights in Digital Media” Buffalo Law Review, Vol.53 No.4 стр.1166-1175

не значи дека меѓународните и европските стандарди се доволни сами по себе. Потребно е земјите членки не само да ги уредат нив во домашното законодавство, туку и да обезбедат нивна примена, преку соодветни механизми на мониторинг и реагирање кога тие нема да бидат испочитувани. Во секој случај, фактот што постојат меѓународни и европски стандарди за остварувањето на заштитата на правата на интелектуална сопственост вреди многу, односно овозможува, барем принципиелно, да се постават правила на игра и да се обезбеди нивното реално функционирање во практиката.

Покрај неспорното значење на меѓународните и на европските стандарди за спроведување на заштитата, и понатаму остануваат отворени прашања зашто регулативата, сепак, е фрагментарна. Земјите членки, во крајна линија, ја имаат диспозицијата на вметнување на конкретните правила во постојните национални процесни системи. Затоа и самото „препишување“ на меѓународните и на европските стандарди и конкретни правила во националните законодавства не вреди многу доколку насоките поставени со стандардите не се поимаат како стимул за пошироко зафаќање во домашното законодавство. Мошне добар пример за ваквиот пристап е принципот на достапност на мерките, постапките и правните лекови за спроведување на правата на интелектуална сопственост.

Македонското право на интелектуална сопственост треба да се развива паралелно со развојот на правото на интелектуална сопственост на Европската Унија. Основната намера на активностите што треба да се преземаат не е само усогласеност на законите поради барањата на Спогодбата за стабилизација и асоцијација, туку заради обезбедување функционален систем на заштита кој ќе ги поддржи и поттикне творештвото, иновативноста и трговијата. Потребно е да се донесат посебни закони за одделни права од индустриска сопственост, нов закон за спречување нелојална конкуренција, да се размисли за донесување посебен закон за спроведување на правата на интелектуалната сопственост, закон со кој ќе се уредат правилата за рекламирање/огласување и да се осовремени Законот за авторското право и сродните права согласно со барањата на дигиталното опкружување. Сите правни прописи ќе треба да бидат јасни недвосмислени и лесно разбирливи и спроведливи од сите кои се инволвирани во заштита на правата на интелектуална сопственост.

Конечно, на стандардите за спроведување на правата на интелектуална сопственост треба да се гледа само како на еден чекор во постигнувањето на еден општоприфатен систем на право на интелектуална сопственост. Ова важи дури и ако се имаат предвид сите опозиции на меѓународните и европските активности на полето. Широка дебата, секако, е потребна, но без да се заборава дека концептот на интелектуалната сопственост може да преживее само ако постои консензус за улогата и значењето на правата на интелектуална сопственост и потребата од ефикасни механизми за нивна заштита од повреди и загрозувања.

CHALLENGES TO THE CIVIL LAW ENFORCEMENT OF THE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

(Summary)

The enforcement of intellectual property rights means providing effective and efficient mechanisms for prevention and sanctioning of breaches of the subjective rights of intellectual property rights holders. The dominant understanding is that enforcement of intellectual property rights is important not only for individual holders, but also for creating an environment where innovation and creativity are supported, consumers protected, competitiveness is improved, employment is preserved, tax evasion is prevented, and finally an environment that enables unobstructed and fair functioning of the market.

There are a few challenges in enforcing the intellectual property rights. The legal system - the regulations and the manner of their application, is inert compared to the development of technologies. Thus, the legal regimes are not always completely clear in terms of enforcement of rights, there is no specialization in the judiciary in this area, which in turn affects right holders to fear long and complex procedures that will not allow them full compensation.

The challenge of enforcing intellectual property rights in modern times often comes down to the question of whether, because legal regulations are changing slowly and the dynamics of development of new technologies are particularly fast, we will accept the fact that legal regulations will lag the development of new technologies and the implementation of protection will be the most efficient and effective, through technological measures and how good is it? In the paper, the authors analyse the challenges of comparing the protection of intellectual property rights through civil law protection. They refer to international and EU instruments in this area. Also subject to discussion are domestic instruments at the disposal of rights holders.

Keywords: intellectual property rights; enforcement; infringement of intellectual property rights; civil protection; lawsuits for protection of intellectual property rights

ЛИТЕРАТУРА:

1. Учебници, монографии, научни и стручни трудови, извештаи, студии
2. Cumming, G., Freudenthal, M., Janal, R., Enforcement of Intellectual Property Rights in Dutch, English and German Civil Procedure, 2 edition Kluwer Law International, 2008, p. 89
3. Дабовиќ-Анастасовска Ј., **Меѓународни и европски стандарди за спроведување на правата на интелектуална сопственост, Државен завод за индустриска сопственост, Скопје, 2008**
4. Дабовиќ-Анастасовска, Ј., Гавриловиќ, Н., Аспекти на хармонизација на домашното право на интелектуална сопственост со правото на ЕУ, Зборник од научната расправа „Методи на хармонизација на националното законодавство со правото на Европската Унија“, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје, 2008.
5. Дабовиќ-Анастасовска Ј., Пепељугоски В., Гавриловиќ Н., Прирачник за граѓанско-правна и административно правна заштита на патентите, СОИП, Скопје, 2013

6. Дабовиќ-Анастасовска Ј., Пепељугоски В., *Право на интелектуална сопственост*, Академик, Скопје, 2012
7. Drahos, P., Brathwaite, J., *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, New Press, New York, 2003
8. Geiger, C., Izyumenko, E., *Shaping Intellectual Property Rights Through Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights (May 4, 2020)*. 46(3) *Mitchell Hamline Law Review* 527-612 (2020), Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2020-02, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3613591> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3613591>
9. Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., Граѓанско процесно право, книга прва парнично право, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2009
10. Јаневски А., Зороска-Камиловска Т., Ракочевиќ М., Најновите измени во парничното законодавство на Република Македонија според новелата на Законот за парничната постапка од 2015 година, *Деловно право*, Издание за теорија и практика на правото, година XVI, број 33, Скопје, 2015,
11. Јаневски А., Ракочевиќ М., *Najnovije izmene u parničnom zakonodavstvu republike makedonije u domenu posebnih parničnih postupaka prema noveli zakona o parničnom postupku iz 2015 godine*, Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума“, стр. 479-490, Источно Сарајево, 2017
12. Милић Д., Коментар закона о ауторском и сродним правима-са судском праксом и меѓународним конвенцијама и уговорима, ННК Интернационал 2005
13. Пепељугоска А., *Заштита на интелектуалната сопственост на социјалните мрежи*, Центар за европско применето право и економија СЕРРЕ, Скопје, 2013
14. Lucchi, N., “Intellectual Property Rights in Digital Media” *Buffalo Law Review*, Vol.53 No.4
15. Marković S. *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Službeni Glasnik, Beograd, 2014
16. Marković S., Popović D, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2013
17. Matthews, D., Žiková, P. *The Rise and Fall of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): Lessons for the European Union*. *IIC* 44, 2013
18. Smith, J., Wheeler, C., Burke, S., *New Intellectual Property Enforcement Regulations*, Legislative Comment, *E.I.P.R.* 2006, 28(7)
19. Support study for the ex-post evaluation and ex-ante impact analysis of the IPR enforcement Directive , Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (European Commission) , EY , MULTILAW Network , Schalast , Technopolis
20. Zdraveva N.; *Liability for Immaterial Damage for the Breach of the Moral Rights on Intellectual Creations in the Macedonian Law*; *International magazine for social sciences “VIZIONE “* Skopje, Vol. 37 / 2021

21. Zdraveva, N., Freedom of expression vs. Right to privacy: The role of ECHR in modelling civil liability for damage, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11 Special Edition, 2020
22. Зороска-Камиловска Т., Арбитражно право, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2015

Прописи на ЕУ

1. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, *OJ L 130*
2. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), *OJ L 178*
3. Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, *OJ L 157*
4. Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure *OJ L 157*
5. Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 351*
6. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *OJ L 199*
7. Council Decision (of 22 December 1994) concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations 94/800/EC: (1986-1994); *OJ L 336*
8. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights, COM/2017/0708 final
9. Statement by the Commission concerning Article 2 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights, *OJ L 94*

Домашни прописи

1. Закон за индустриската сопственост („Службен весник на Република Македонија“ бр. 21/09, 24/11, 12/14, 41/14, 152/15, 53/16 и 83/18 и

- „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 31/20)
2. Закон за авторското право и сродните права („Службен весник на Република Македонија“ бр. 115/10, 140/10, 51/11, 147/13, 154/15 и 27/16)
 3. Закон за парничната постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр. 79/05, 110/08, 83/09, 116/10 и 124/15)
 4. Закон за обезбедување на побарувањата („Службен весник на Република Македонија“ бр. 87/07 и 31/16)
 5. Закон за ратификација на Протоколот за изменување и дополнување на Договорот за трговските аспекти на правата од интелектуална сопственост (ТРИПС) („Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/2010)
 6. Закон за облигационите односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/01, 04/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09 и 123/13 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 215/21)
 7. Закон за судовите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 58/06, 62/06, 35/08, 150/10, 83/18, 198/18 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 96/19)
 8. Закон за меѓународно приватно право („Службен весник на Република Северна Македонија“ бр.32/2020)
 9. Закон за царински мерки за спроведување на заштита на правата од интелектуална сопственост („Службен весник на Република Македонија“ бр. 88/15, 154/15, 192/15 и 23/16 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 110/21)
 10. Кривичен законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18);
 11. Правилник на Академијата за судии и јавни обвинители за континуирана обука („Службен весник на Република Македонија“, бр. 77/2015, 15/2017 и 19/2017).

Судска практика (пресуди на Судот на ЕУ)

1. C-180/11, Bericap Záródástechnikai Bt. v Plastinnova 2000 Kft., ECLI:EU:C:2012:717
2. C-324/09, L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others, ECLI:EU:C:2011:474
3. C-435/12, ACI Adam BV and Others v Stichting de Thuiskopie and Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding, ECLI:EU:C:2014:254
4. C-163/15, Youssef Hassan v Breiding Vertriebsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:2016:71
5. C-419/15, Thomas Philipps GmbH & Co. KG v Grüne Welle Vertriebs GmbH, ECLI:EU:C:2016:468
6. C-427/15, NEW WAVE CZ, a.s. v ALLTOYS, spol. s r. o., ECLI:EU:C:2017:18;

7. C-494/15, Tommy Hilfiger Licensing LLC and Others v DELTA CENTER a.s., ECLI:EU:C:2016:528
8. C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:2014:192;
9. C-70/10, Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), ECLI: EU:C:2011:771
10. C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) v Netlog NV, ECLI:EU:C:2012:85
11. C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU, ECLI:EU:C:2008:54
12. C-99/15, Christian Liffers v Producciones Mandarina SL and Mediaset España Comunicación SA, anciennement Gestevisión Telecinco SA, ECLI:EU:C:2016:173
13. C-681/13, Diageo Brands BV v Simiramida-04 EOOD, ECLI:EU:C:2015:471
14. C-406/09, Realchemie Nederland BV v Bayer CropScience AG, ECLI:EU:C:2011:668
15. C-57/15, United Video Properties Inc. v Telenet NV, ECLI:EU:C:2016:611

Извори од интернет

1. <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/74c81154-en/index.html?itemId=/content/publication/74c81154-en>
2. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-summit-2021>
3. https://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=142
4. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-summit-2014>
5. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-summit-2017>
6. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-ip-enforcement-forum-2019>
7. <http://www.ippo.gov.mk/mk/LegislativaView.aspx?lang=MK&id=172&cat=INT>
8. https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/infringement/index_en.htm
9. <https://www.unified-patent-court.org/documents>
10. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/englisch_markeng.html
11. <http://www.mba.org.mk/index.php/mk/akti/advokatska-tarifa>
12. <https://www.telekom.mk/ns-newsarticle-svetska-premiera-na-10-ta-simfonija-na-betoven-zavrshena-od-vestacka-inteligencija.nspX>
13. <https://legal-patent.com/patent-law/pap-is-in-force-upc-possible-in-2022>
14. <https://www.wipo.int/amc/en/rules>

Д-р Тодор Каламатиев, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

Д-р Александар Ристовски, вонреден професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ПРАВНИ ПОСЛЕДИЦИ ОД ПРЕСТАНОКОТ НА РАБОТНИОТ ОДНОС СО ОТКАЗ ОД СТРАНА НА РАБОТОДАВАЧОТ

331.106.44(497.7)
331.108.644.7(497.7)
изворна научна статија

Прашањето за правните последици од престанокот на работниот однос со отказ од страна на работодавачот е прашање во кое се вкрстуваат материјално-правните и процесно-правните некуси на трудовото право. Предмет на анализа во трудот се правните последици од престанокот на работниот однос со отказ од страна на работодавачот кои можат да бидат различни, во зависност од тоа дали отказот е законски (допуштен) или незаконски (недопуштен), односно дали во конкретниот случај постои или не постои основана (оправдана) причина за отказ и дали се исполнети или не се исполнети останатите претходни барања пред отказот. Во контекст на правните последици од законскиот престанок на работниот однос, авторите се осврнуваат на прашањата за испратнината и паричниот надоместок за невработеност на отпуштените работници. Што се однесува, пак, до правните последици од незаконскиот престанок на работниот однос, предмет на анализа се правата и можностите кои му стојат на располагање на работникот во постапката за поништување на незаконскиот отказ, а тоа, првенствено, се враќањето на работа и/или надоместокот на штета.

Клучни зборови: основани причини за отказ, претходни дејствија пред отказ, враќање на работникот на работа, надоместок на штета.

Вовед

Современите трудовоправни системи се стремат кон изнаоѓање соодветно ниво на „рамнотежа“ помеѓу потребите на работниците од заштита (сигурност) на нивното вработување и на работодавачите, за слобода (флексибилност) во управувањето со деловниот потфат.¹ Корисен механизам за утврдување на фактот *дали постои и колкав е состојноста* на таквата рамнотежа се т.н. индикатори на ОЕЦД за законска заштита на вработувањето (анг. *OECD Indicators*

¹ Каламатиев, Т. и А. Ристовски, *Флексибилноста и сигурноста на работниот однос во рамките на законот за вработување во Република Македонија – развој и перспектива*, [2013], 78-84.

of *Employment Protection Legislation*) преку кои се определува степенот на ризик (несигурност) на работниците во работниот однос поврзан со формата на вработување (преку нестандартни договори за вработување) и посебно со можностите за престанок на работниот однос со отказ од страна на работодавачот.² Во контекст на престанокот на работниот однос со отказ од страна на работодавачот, со индикаторите на ОЕЦД можат да се мерат „оптоварувањата“ на работодавачите поврзани со постапките и трошоците за индивидуалните откази и колективните отпуштања на работниците.³ Таквите „оптоварувања“ во македонското работно законодавство, илустрирани преку должината на минималните отказни рокови, висината на испратнината за отказ од деловни причини и роковите за информирање и консултирање во случај на колективно отпуштање, бележат драстично намалување со усвојувањето на Законот за работните односи од 2005 година (во понатамошниот текст: ЗРО)⁴, а како последица на трендот на флексибилизација во вработувањето и отпуштањето.⁵ Потрагата кон оптимален степен на баланс помеѓу интересите на работниците и работодавачите посебно е видлива во делот на преференциите на работниците за зголемена правна заштита од отказ на нивниот договор за вработување и заинтересираноста на работодавачите за полесно и помалку оптоварено отпуштање на работниците.

Во македонското работно законодавство, откажувањето на договорот за вработување (отказот) претставува еден од начините на престанување на важноста на договорот за вработување.⁶ Отказот е „еднострана изјава на волја“ на работникот или на работодавачот со која се откажува договорот за вработување.⁷ Во трудовото право и во секојдневниот живот, од посебно значење е откажувањето на договорот за вработување од страна (по иницијатива) на работо-

²OECD, *Indicator of Employment Protection*, <http://www.oecd.org/employment/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm>, (пристапено на 7.4.2017).

³ Повеќе за индивидуалните откази и колективните отпуштања во РС Македонија, види: Каламаџиев, Т. и А. Ристовски, *Заштити на работниците во случај на отказ од деловни причини и колективни отпуштања – состојби и мерсови во македонскиот трудово-правен систем*, [2018], 75-76.

⁴ „Сл. весник на Република Македонија“, бр. 62/05

⁵ На пример, во споредба со ЗРО од 1993 година (основен текст) кој предвидуваше минимален отказан рок од најмалку триесет дена до најмногу шест месеци, *отпремнина (испратнина)* од најмалку една, а најмногу дванаесет плати во зависност од работниот стаж на работникот и *обврска на работодавачот за известување* на работниците во период до шест месеци пред откажување на договорот за вработување, актуелниот ЗРО од 2005 година предвидува минимален отказан рок од еден до два месеца во зависност од бројот на отпуштени работници, *отпремнина (испратнина)* од најмалку една до најмногу седум плати во зависност од траењето на работниот однос кај работодавачот и рок за известување од еден месец пред започнување на постапката за колективно отпуштање. Види: Aleksandar Ristovski, *Fixed-Term Contracts and Disguised Employment Relationships* in Cristina Mihes (ed), *Non-Standard Forms of Employment in Selected Countries in Central and Eastern Europe* (ILO, 2021).

⁶ ЗРО, во член 62, предвидува неколку начини на престанување на важноста на договорите за вработување. Такви се: со изминување на времето за којшто бил склучен договорот; со смрт на работникот или работодавачот (физичко лице); поради престанување на работодавачот согласно со закон; со спогодбено раскинување; со отказ; со судска пресуда и во други случаи утврдени со закон.

Начините на престанување на важноста на договорите за вработување се регулирани со член 62 од Законот за работните односи (Сл. весник на Република Македонија, бр. 62/05).

⁷ В. Мрџков, *Трудово право* (9. издание, Сиби, 2015), 609.

давачот, како посилна и надредена страна во работниот однос наспроти работникот. Следствено на тоа, работното законодавство регулира одредени аспекти од заштитата на работниците од отказ што произлегуваат од исполнувањето на две клучни претпоставки, а тоа се: *испоењето, т.е. неиспоењето основана (ојправдана) причина за ојказ на договорот за вработување и исполнувањето, т.е. неисполнувањето ојределени претходни дејствија* пред отказот.

Законот за работните односи не предвидува единствена класификација на можните причини за отказ. Најсеопфатна и најпреледна е класификацијата која се заснова врз „трихотомната“ поделба на *причините за ојказ*,⁸ и тоа на: лични причини (поврзани со способноста на работникот да ги извршува договорните или другите обврски од работниот однос), причини на вина (поврзани со однесувањето на работникот кој ги крши договорните или другите обврски од работниот однос) и деловни причини (поврзани со потребите за функционирање на работодавачот).⁹ Законот го предвидува и исполнувањето на повеќе *задолжителни дејствија кои треба да му претходат на ојказот* на договорот за вработување. Вообичаени, формални, односно процесни барања и претпоставки пред откажување на договорот за вработување од страна на работодавачот се: *утврдувањето на фактичката состојба*, проследена со претходна средба/сослушување на работникот, која и покрај тоа што не е изречно предвидена во Законот, е предмет на уредување во повеќе колективни договори¹⁰ и е препознаена од надлежните судови кои одлучуваат во работните спорови,¹¹ заради обезбедување контрадикторност во постапката пред отказот; *исмената форма и содржина на ојказот*, која задолжително мора да вклучува *изјава на причините за давањето ојказ* (со наведување на основот и докажувањето на основаноста на причините за отказот во образложението на отказот¹²), *укажување на работничкиот неговата правна заштитата и зайознавање со неговите права од осигурување во случај на невработеност*, согласно со закон;¹³ *врачувањето на ојказот* (кое во зависност од приликите, може да се изврши лично, во просториите на работодавачот; на адресата на живеалиштето, односно престојувалиштето на работникот и на огласна табла во седиштето на работо-

⁸ Види: Љ. Ковачевиќ, *Ваљани разлози за ојказ уговора о рагу*, (Универзитет у Београду, Правни факултет, 2016), 295.

⁹ За ова види: ЗРО, член 76, став 1, точки 1, 2 и 3.

¹⁰ Одредени колективни договори го предвидуваат правото на работникот да биде сослушан (на пример, Колективен договор за вработените од прехранбената индустрија, член 24). Други изречно го предвидуваат правото на работникот на писмено изјаснување за повредата на правата и обврските од работниот однос која му се става на товар (на пример, Колективен договор за кожарската и чевларската индустрија на Република Македонија, член 23). Трети даваат можност како за усно сослушување (ставено на записник) така и за писмено изјаснување на работникот (на пример, Колективен договор на друштвата од друго монетарно посредување и дејноста на посредување во работењето во хартии од вредност и стоковни договори, член 81, став 3 и став 4).

¹¹ Со Одлуката бр. 8/13, Основниот суд во Струмица ја поништил Одлуката за откажување на договорот за вработување на работникот, поради тоа што, *inter alia*, Комисијата за утврдување на повреда при работењето на тужениот (работодавачот) пропуштила на непосреден начин (со усно сослушување на тужителот) да ги утврди битните околности заради кои дава мислење за одговорноста на тужителот за настанатата штета.

¹² За ова види: ЗРО, член 72.

¹³ ЗРО, член 74, став 2.

давачот);¹⁴ информирањето на посебни тела и консултирањето со нив (вообичаено на синдикат или претставник на работниците, или на службата надлежна за посредување при вработување) во случаите на колективно отпуштање¹⁵ и соодлучувањето (вообичаено од страна на синдикат или претставник на работниците, а во одредени случаи и на надлежниот инспекторат на трудот) при откажување на договорот за вработување одредени, посебно ранливи категории работници кои уживаат посебна заштита од отказ за време на мајчинство и родителство,¹⁶ или на синдикални претставници;¹⁷ иочијувањето на роковите за засипареност за давање отказ и сл. Кон споменатите формални, односно процесни барања и претпоставки пред откажување на договорот за вработување од страна на работодавачот, треба да се придодат и одредени, посебни барања и претпоставки, кои зависат од причината за отказ на договорот за вработување. Ваквите барања и претпоставки се разликуваат помеѓу себе, во зависност од фактот дали во конкретниот случај работодавачот му го откажува договорот за вработување на работникот поради лични, односно причини на вина (при што, вообичаено, има обврска за писмено предупредување на работникот пред отказ)¹⁸ или, пак, деловни причини (при што има обврска да го утврди постоењето можност за продолжување на работниот однос на работникот)¹⁹. Отказот на договорот за вработување ќе биде законски и допуштен доколку за него постои основана причина и се исполнети задолжителните претходни дејствија. Сепак, доколку при откажување на договорот за вработување работодавачот нема или не ја докаже основаноста на причината за отказ или, пак, ги повреди предвидените формални, односно процесни барања и претпоставки, отказот ќе се смета за незаконски и недопуштен. Токму, правните последици од законскиот (допуштениот) и незаконскиот (недопуштениот) отказ на договорот за вработување од страна на работодавачот се предмет на посебна елаборација во продолжението на овој труд.

¹⁴ ЗРО, член 75.

¹⁵ За ова види: ЗРО, член 95

¹⁶ За ова види: ЗРО, член 101.

¹⁷ За ова види: ЗРО, член 200.

¹⁸ Со измените и дополнувањата на ЗРО од јули 2018 година, законодавецот направи сериозен пропуст во регулирањето на прашањето за претходното писмено предупредување на работникот пред отказ поради причини на вина. Единствената законска одредба (член 73), со која се предвидува елементи од постапката пред отказ поради причини на вина на страна на работникот, се измени, со цел таа да биде приспособена кон постапката пред отказ од лични причини на страна на работникот. Истовремено, законодавецот не воведо друга одредба со која ќе го третира прашањето за претходната постапка пред отказ, т.е. писменото предупредување пред отказ поради причини на вина. Потенцијална опасност од ваквата новонастаната состојба е директно откажување на договорите за вработување на работниците поради причини на вина, без какво било претходно писмено предупредување и независно од тежината на повредата на обврските од работниот однос, т.е. прекршувањето на работниот ред и дисциплина. За среќа, правниот вакуум кој го остави несмасната интервенција во Законот соодветно е пополнет со Конвенцијата за престанок на работниот однос (бр. 158) на МОТ од 1982 година и истоимената Препорака бр. 166, кои се составен дел од внатрешниот правен поредок на Република Северна Македонија, и од кои, начелно, произлегува правилото за градација во санкционирањето на работникот во случај на полесни повреди на обврските, односно работниот ред и дисциплина.

¹⁹ Види: Каламатиев, Т и Ристовски А., *Отказ уговора о раду и заштитна права радника услед пресипанка пошребе за обављањем одређених послова у македонском радноправном систему*, [2017], 23-26.

1. Правни последици од законски престанок на работниот однос со отказ од страна на работодавачот

Донесувањето на одлуката за отказ на договорот за вработување го одбележува правниот (*de iure*) престанок на работниот однос. Доколку отказот е со отказан рок, по истекот на отказниот рок и одјавувањето на работникот од службата надлежна за посредување при вработување, настапува и фактичкиот (*de facto*) престанок на работниот однос.²⁰ Кога се говори за правните последици од законскиот престанок на работниот однос со отказ од страна на работодавачот, вообичаено се мисли на одредени материјални обесштетувања на работниците кои ги исплаќа работодавачот (испратнина), како и на права кои се стекнуваат по основ на осигурувањето во случај на невработеност (паричен надоместок во случај на невработеност).

Македонското работно законодавство го гарантира правото на *испратнина* на работниците, но само во случаите на престанок на работниот однос со отказ од деловни причини, вклучувајќи ги и колективните отпуштања. Во случај на спогодбено раскинување на договорот за вработување, работодавачот нема обврска да му исплати испратнина на работникот, бидејќи спогодбениот престанок не се издначува со престанокот на работниот однос со отказ од деловни причини. Меѓутоа, во спогодбата за престанок на работниот однос, договорните страни слободно можат да договорат исплаќање испратнина и да ја утврдат нејзината висина, независно од условите за исплаќање на испратнината предвидени со закон. Договарањето „пакети за отпремнина“ е посебно применливо во случаите кога работодавачот им нуди спогодбено раскинување на договорите за вработување на работниците опфатени со колективно отпуштање. Правото на работниците на испратнина во услови на отказ од деловни причини не треба да се поистовети со правото на работниците на „отпремнина“ при одење во пензија.²¹ Во двата случаја, работодавачот има обврска да им исплати еднократен паричен надоместок на работниците, но додека „испратнината“ се пресметува и исплаќа на начин и во висина чиј најнизок износ е определен со Закон, висината и начинот на пресметување и уплаќање на „отпремнината“, по правило е предмет на уредување на колективните договори.²² Македонското работно законодавство утврдува два основни критериума за пресметување на износот на испратнината на работникот, а тоа се: должината на неговиот работен однос и висината на основницата за пресметка на испратнината. Должината на работниот однос на работникот го опфаќа времето поминато во работен однос кај ист работодавач и работниот однос кај претходниот работодавач, на кој поради настаната статусна промена правен следбеник е последниот работодавач.²³ Основица за пресметка на испратнината е просечната нето-плата на

²⁰ Г. Старова, *Трудово право* („Просветно дело“ АД Скопје, 2009), 343.

²¹ Законот за работните односи предвидува дека *работничкиот има право на отпремнина при одење во пензија* (член 113, став 2).

²² На пример: вработените во приватниот сектор имаат право на надоместок при заминување во пензија најмалку во двократен износ од основницата, а тоа е просечната месечна нето-плата по работник во Република Македонија исплатена во последните три месеци (За ова види: Општ колективен договор за стопанство, член 35, став 2, алинеја 6 и став 3).

²³ ЗРО, член 97, став 3.

работникот во последните шест месеца пред отказот, но таа да не биде помала од 50 % од просечната нето-плата исплатена по работник во Републиката во последниот месец пред отказот.²⁴ Поаѓајќи од овие два критериума кои учествуваат во определувањето на висината на испратнината, работникот може да се стекне со испратнина во износ од една до седум нејто-илајџи, во зависност од работниот стаж кај работодавачот, и тоа: до пет години, една нето-плата; од пет до десет години, две и пол плати; од десет до петнаесет години, три и пол плати; од петнаесет до дваесет години, четири и пол плати; од дваесет до триесет години, шест нето-плати и над дваесет и пет години, седум нето-плати.²⁵ Договорните страни можат да определат испратнина чиј износ и услови за стекнување се поповолни за работниците од оние определени во закон.²⁶ Испратнината се исплатува со денот на престанокот на работниот однос,²⁷ а тоа вообичаено е датумот на истекување на отказниот рок. И покрај тоа што испратнината се утврдува во висина на нето-плата, нејзиниот даночно-правен третман е различен во споредба со даночно-правниот третман на платата. Тоа значи дека работниците не се обврзници на плаќање, а работодавачот не е обврзник на пресметка и уплата на придонеси за социјално осигурување на испратнината. Испратнината е ослободена и од плаќање личен данок на доход.²⁸

Паричниот надоместок за невработеност претставува основно право на осигурениците кое произлегува од системот на осигурување во случај на невработеност во Република Северна Македонија. Право на паричен надоместок има невработено лице кое било во работен однос (и за кое е уплатуван придонес за осигурување во случај на невработеност) најмалку девет месеци непрекинато или 12 месеци со прекин во последните 18 месеци.²⁹ Паричниот надоместок за осигурување во случај на невработеност не може да се оствари во кој било случај на престанок на работниот однос по кој лицето станало невработено. Осигурениците нема да се стекнат со ова право во случаите во кои работниот однос им престанал по нивна волја, по нивна вина или во други случаи определени со закон.³⁰ Паричниот надоместок, по правило, му припаѓа на невработеното лице од денот на престанокот на работниот однос.³¹ Времетраењето на неговото исплатување зависи од времето за кое невработеното лице било осигурено во случај на невработеност.³² Паричниот надоместок се исплатува за период од најмалку еден месец (доколку осигуреникот има минимален стаж на осигурување од девет месеци непрекинато или 12 месеци со прекин во последните 18 месеци) до најмногу 12 месеци (доколку осигуреникот

²⁴ ЗРО, член 97, став 2.

²⁵ За ова види: ЗРО, член 97, став 1 (алинеја 1 – 6).

²⁶ На пример, за ова види: Колективен договор за вработените од прехранбената индустрија (член 51, став 3); Колективен договор за комуналните дејности (член 34, став 1) и други.

²⁷ ЗРО, член 97, став 4.

²⁸ За ова види: Закон за данокот на личен доход („Службен весник на РМ“, бр. 241 од 26.12.2018 година), член 6, став 1, точка 25.

²⁹ За ова види: Закон за вработување и осигурување во случај на невработеност („Службен весник на РМ“ бр. 37/1997), член 65.

³⁰ Види: Т. Каламатиев и А. Ристовски, *Работниот однос во услови на здравствено-економска криза предизвикана од ковид-19* (USAID и ЗТСП, 2021), 54-56.

³¹ За ова види: Закон за вработување и осигурување во случај на невработеност, член 74, став 1.

³² Закон за вработување и осигурување во случај на невработеност, член 71, став 1.

има максимален стаж на осигурување над 25 години).³³ Висината на месечниот паричен надоместок за време на невработеност изнесува 50 % од просечната месечна нето-плата на работникот за последните 24 месеци (за лица кои имаат правот на паричен надоместок до 12 месеци) или 50 % од просечната месечна нето-плата на работникот за последните 24 месеци и 40 % од просечната месечна нето-плата за преостанатото време (за лица кои имаат право на паричен надоместок подолго од 12 месеци).³⁴

2. Правни последици од незаконски престанок на работниот однос со отказ од страна на работодавачот

2.1. Ништовност и одлука за враќање на работникот на претходното работно место или на друго работно место кај работодавачот

Македонското работно законодавство го санкционира „незаконскиот престанок на работниот однос“.³⁵ Притоа, поимот „незаконски престанок на работниот однос“ е поширок поим од поимот „незаконски отказ на договорот за вработување“ кој се однесува само на „незаконитоста“ на отказот (како посебен начин на престанување на важноста на договорот за вработување), т.е. на одлуката за откажување на договорот за вработување на работникот.

Законот за работните односи предвидува дека *ако судот донесе одлука со која е утврдено дека на работничкиот незаконски му претходнал работничкиот однос, работничкиот има право да се врати на работи на правосилността на одлуката, ако то бара тоа*.³⁶ Поаѓајќи од претходната одредба, во практиката се смета дека работникот (во својство на тужител), со тужба пред надлежен суд, може да ја оспори законитоста на одлуката за отказ, вообичаено истакнувајќи ги следниве тужбени барања: **прво**, *да се поништит одлуката за отказ на договорот за вработување* и да се утврди дека на работникот незаконски му претходнал работниот однос и, **второ**, *да се задолжи работодавачот да го врати работничкиот на работи*.³⁷ Оттука, основна правна последица која произлегува од утврдувањето на незаконитоста на отказот е неговата ништовност, а основно право на незаконски отпуштените работници е правото на враќање (т.е. реинтеграција) на работа кај работодавачот. Правосилната судска одлука со која се поништува незаконската одлука за отказ има *ex tunc* дејство и таа претпоставува дека договорот за вработување останува во сила и се смета дека никогаш не бил прекинат.³⁸ Во истата судска одлука, судот вообичаено одлучува и во однос на делот од тужбеното барање за *враќање на работничкиот на работи*. Токму во овој дел, во практиката се појавуваат и најсериозните дилеми, бидејќи не е сеедно дали работникот ќе биде вратен на претходното работно место или, пак, на друго (соодветно) работно место кај работодавачот. По правило, судот од-

³³ За ова види: Закон за вработување и осигурување во случај на невработеност, член 71, став 2.

³⁴ За ова види: Закон за вработување и осигурување во случај на невработеност, член 68, став 1.

³⁵ За ова види: ЗРО, член 102.

³⁶ ЗРО, член 102, став 1.

³⁷ За ова види: Чавдар, К., *Тужби, тужбени барања и пресуди во работничките спорови* [2005], 107.

³⁸ За ова види: Томановиќ, Т. и Томановиќ, В., *Договор за работи*, (Скопје, 2011), 122-123.

лучува во границите на барањата што се ставени во постапката.³⁹ Но, од друга страна, судската практика во Република Северна Македонија нема воедначен став ниту во однос на дозволената содржина на таквите тужбени барања ниту, пак, во однос на постапувањата на судовите по нив (на пример, судот може да го задолжи работодавачот *да ѝ врати работничкиот на работното место – бравар на кое работел пред пресјанокот на работниот однос*⁴⁰, *да ѝ врати работничкиот на работно место кое одговара на нејовиот ситејен на стирчна подготвка*⁴¹ и сл.).

Во услови на реинтеграција на работникот на работа, клучните проблеми настануваат во фазата на спроведувањето (извршувањето) на правосилната судска пресуда. Таа, во одредени случаи, може да изгледа премногу апстрактно, бидејќи содржи налог за враќање на работникот на работа без притоа да се прецизира работното место на кое ќе се врати работникот. Проблемот може да биде продлабочен доколку дојде до присилно извршување, бидејќи надлежниот извршител е врзан со она што е назначено во извршната исправа и тој нема дискреционо право да врши сопствен избор врз работното место на кое ќе биде реинтегриран работникот.⁴² Во други случаи, пак, судот може да постапува по барање за враќање на работникот на работа на работно место кое за времетраење на спорот било укинато со измена на актот за систематизација кај работодавачот или на кое бил намален бројот на извршители. Бидејќи во таков случај постои објективна неможност за враќање на работникот на претходното работно место, практиката го препознава и алтернативното барање на работникот (во својство на тужител) за враќање на работа *или на работното место на кое работел пред пресјанокот на работниот однос или на друго работно место кое одговара на нејовиот стирчна подготвка и работно искуство*.⁴³

2.2. Надомест на штета

Последица од незаконскиот престанок на работниот однос може да биде и правото на работникот на надомест на штета. Македонското работно законодавство имплицитно утврдува два различни вида надоместок на штета кои се остваруваат во различни случаи, односно околности.

Во првиот случај, надоместокот на штета поприма карактеристики на дополнително право на работникот кое се надоврзува на основното право, а тоа е правото на реинтеграција, т.е. враќање на работникот на работа. Надоместокот на штета која работодавачот е должен да му ја исплати на работникот во ваков случај се третира како *надомест на изгубената заработувачка* на работникот којашто тој би ја остварил доколку не му престанел работниот однос на незаконски начин.⁴⁴ Висината на надоместокот на штета (т.е. изгубената заработувачка) се определува во висина на бруто-платата која работникот

³⁹ За ова види: Закон за парничната постапка, („Сл. весник на РМ“, бр.79/2005), чл.2, став 1.

⁴⁰ За ова види: Пресуда на Апелациониот суд Скопје, РОЖ бр. 1101/09 од 8.1.2010.

⁴¹ За ова види: Пресуда на Апелациониот суд Скопје, РОЖ бр. 1217/09 од 26.11.2009.

⁴² За ова види: Закон за извршување („Сл.весник на РМ“, бр.72/2016), член 234.

⁴³ За ова види: Пресуда на Апелациониот суд Скопје, РОЖ бр. 1215/09 од 08.01.2010.

⁴⁴ За ова види: Начелен став на Врховниот суд на Република Македонија утврден на Општата седница на 17 јуни 1996.

би ја земал кога би бил на работа, согласно со закон, колективен договор и договор за вработување. Доколку по (незаконскиот) престанок на работниот однос работникот остварил приход врз основа на работа, висината на побаруваниот надомест на штета ќе биде намален за износот на остварениот приход.⁴⁵ Надоместокот на штета ги опфаќа придонесите за социјално осигурување кои му следуваат на работникот при исплаќањето на секоја загубена бруто-плата, а тој може да опфати и исплата на регрес за годишен одмор доколку во периодот додека траел незаконскиот прекин на работниот однос, работникот би се стекнал со ова право. Спротивно, надоместокот на штета не би можел да ги опфати исплаќањата по основ на храна и пат, бидејќи таквите исплаќања зависат исклучиво од фактичкото присуство на работникот на работа и редовното вршење на работните активности.⁴⁶ Во практиката, надоместокот на штета (т.е. изгубената заработувачка) вообичаено се остварува по пат на дополнително тужбено барање поднесено од страна на тужителот (работникот) кое следува по правосилната судска пресуда со која се поништува одлуката за престанување на работниот однос на работникот.

Во вториот случај, надоместокот на штета претставува основно право на работникот и основна последица од незаконскиот престанок на работниот однос. Во овој случај, работникот не се враќа на работа кај работодавачот, а важноста на неговиот договор за вработување престанува на посебен начин – врз основа на судска пресуда.⁴⁷ Правна претпоставка за остварување на правото на надомест на штета во случај на престанок на работниот однос со судска пресуда е претходното судско утврдување дека одлуката донесена од страна на работодавачот за откажување на договорот за вработување на работникот е незаконска. Последователно на тоа, иницијатива за судско раскинување на договорот за вработување со определување на денот на престанокот на работниот однос може да биде поднесена како од страна на работникот,⁴⁸ така и од страна на работодавачот.⁴⁹ Во практиката се смета дека одлуката на судот да го раскине договорот за вработување по барање на работникот и/или работодавачот не е безусловна. Надлежниот суд може, но и не мора, да го прифати барањето на работникот или работодавачот за судски прекин на договорот за вработување. Во таа насока, помеѓу македонските практичари преовладува ставот дека работникот треба да изнесе основана причина врз основа на која го темели барањето за судски прекин на договорот за вработување и да докаже дека за него не е прифатливо да остане во работен однос кај тужениот работодавач.⁵⁰ Од друга страна, работодавачот ќе треба да ги докаже околностите кои оправдано укажуваат дека продолжување на работниот однос, со уважување на интересите на двете договорни страни, не е можно.⁵¹ Барањето за престанок на договорот за вработување

⁴⁵ За ова види: ЗРО, чл.102, став 2.

⁴⁶ За ова види: Томановиќ.Т и В.Томановиќ (по.38), 233.

⁴⁷ За ова види: ЗРО, чл.102, став 4, 5 и 6.

⁴⁸ За ова види: ЗРО, член 102, став 4

⁴⁹ За ова види: ЗРО, член 102, став 5.

⁵⁰ Такви причини можат да бидат, на пример: крајно нарушени односи помеѓу работникот и работодавачот (пред донесувањето на одлуката за престанок на работниот однос или во текот на траењето на судската постапка), вработување на работникот кај друг работодавач и слично.

⁵¹ Такви околности можат да бидат, на пример: фактот што работодавачот му го откажал договорот за вработување на работникот поради потешко кршење на работниот ред и дисциплина (на

тување со судска пресуда работодавачот и работникот можат да го поднесат до окончувањето на главната расправа пред првостепениот суд.⁵² Надоместокот на штета врз кој полага право работникот во случај на престанување на важноста на договорот за вработување со судска пресуда се состои од две компоненти. Првата компонента го опфаќа *надоместокој на изјубенајта заработувачка* кој се пресметува заклучно со денот на кој престанал работниот однос со судската пресуда, додека втората компонента поприма карактеристики на *еднократен надоместок* кој му се исплаќа на работникот поради тоа што незаконскиот престанок на работниот однос не резултирал со реинтеграција, т.е. враќање на работникот на работа кај претходниот работодавач.⁵³ Во споредба со основниот текст на Законот за работните односи од 2005 година кој ги утврдуваше и *висинајта* на (еднократниот) надоместок на штета (од најмалку три до најмногу дванаесет просечни плати на работникот исплатени во последните дванаесет месеци) и *критериумите* за исплаќање на таквиот надомест (траењето на работниот однос, возраста, социјалната состојба и обврските за издржување кои ги има работникот), актуелните одредби во Законот ниту се осврнуваат кон висината ниту, пак, кон критериумите за исплаќање на надоместокот на штета. Ваквата состојба настанува како последица на Одлуката на Уставниот суд на Република Македонија со која се укинаа соодветните одредби од Законот за работните односи во врска со определувањето на надоместокот на штета во случај на незаконски престанок на работниот однос на работникот.⁵⁴ Недостигот на инструктивна законска одредба во врска со висината и критериумите за определување на надоместот на штета предизвикува неоедначена судска практика, т.е. различни судски одлуки при иста или слична фактичка состојба.

2.3. Права и обврски во привременниот период

Законот за работните односи му овозможува на работникот кој го оспорува отказот да побара од судот, привремено, до завршување на спорот да нареди негово враќање на работа.⁵⁵ При одлучувањето во врска со предлогот на работникот, судот, земајќи ги предвид сите околности, треба да утврди дали постојат услови за враќање на работникот на работа до завршувањето на

пример, кражба), меѓутоа одлуката за отказ е поништена поради формални пропусти во текот на постапката за отказ; навредливо однесување на работникот спрема работодавачот за време на судската постапка; омаловажување и навредување на работодавачот од страна на работникот по престанокот на работниот однос и слично.

⁵² За ова види: ЗРО, член 102, став 6.

⁵³ За ова види: Томановиќ, Т. и Томановиќ, В. (по. 38), 147.

⁵⁴ Уставниот суд, во своето образложение, оценува дека со оспорените законски одредби се отстапува од општите правила за надомест на штета и се предвидува поинаков начин, односно обем на обесштетување на работникот на кој по вина на работодавачот му престанал работниот однос. Уставниот суд оценува дека законодавецот во сферата на работните односи нема право однапред процентуално или во апсолутен износ да ја определи висината на штетата што работникот ја трпи, туку треба тоа да го утврди надлежниот суд, заради што пред него се води постапка. Види: Одлука на Уставниот суд на Република Македонија бр. 139/2005 („Сл. весник на Република Македонија“, бр. 3/2006).

⁵⁵ За ова види: ЗРО, член 102, став 3.

спорот во врска со законитоста на одлуката за отказ.⁵⁶ Македонското работно законодавство не го разрешува правниот епилог од ситуацијата во која судот привремено го враќа работникот на работа, но работниот спор во врска со (не) законитоста на одлуката за откажување на договорот за вработување кој продолжува да тече заврши со правосилна судска пресуда со која се одбива тужбеното барање на работникот за поништување на одлуката за отказ. Во таков случај, се придружуваме кон ставот дека работникот нема да биде должен да му ги врати на работодавачот платите кои ги примил во периодот додека бил привремено вратен на работа, бидејќи тој нив ги остварил вршејќи *фактичка работа* за работодавачот.⁵⁷

Работникот може да оствари привремено одлагање на извршувањето на одлуката за откажување на договорот за вработување и со помош на надлежниот инспектор на трудот. Правни предуслови за остварување на ваквата правна состојба се: работникот да завел работен спор против работодавачот пред надлежен суд; да поднел барање до инспекторот на трудот во рок од 30 дена од денот на поведувањето на работниот спор пред надлежниот суд и инспекторот на трудот да утврдил дека со конечната одлука на работодавачот е повредено право на работникот. Доколку надлежниот инспектор на трудот го усвои барањето на работникот и констатира повреда на негово право, тој со решение ќе го одложи извршувањето на одлуката на работодавачот до донесувањето правосилна одлука на судот.⁵⁸

3. Постапка за заштита на правата на работниците во случај на отказ на договорот за вработување

Во македонскиот трудовоправен систем, постапката за заштита на правата на работниците се остварува во две фази: пред работодавачот (т.н. примарна или интерна заштита) и пред надлежниот суд (т.н. екстерна заштита). Споровите од работните односи во Република Северна Македонија можат да се решаваат и во вонсудска постапка (мирно решавање на работните спорови).⁵⁹ Начинот и постапката на мирното решавање на работните спорови подетално се уредуваат со посебен закон, а тоа е Законот за мирно решавање на работните спорови.⁶⁰ Основот за поведување постапка за остварување и заштита на правата на работникот може да биде „иницијален“ (кога работникот поднесува барање за остварување некое право од работен однос кое смета дека му припаѓа) и „предизвикан“ (кога работодавачот со писмена одлука крши некое од

⁵⁶ Судот, пред сè, треба да ја земе предвид материјалната состојба на работникот, но, од друга страна, тој треба да се осврне и на причината за откажување на неговиот договор за вработување, т. е. видот и степенот на претпоставената повреда на работниот ред и дисциплина (За ова види: Crnčić Ivica, *Otkaz ugovora o radu*, 236).

⁵⁷ За ова види: Frntič. F. D., Govič Pentič. I., Hanzelak. D., Milkovič. D., Novakovič. N. and Rožman K., *Detaljni komentar zakona o radu* (Zagreb, Radno pravo, 2017), 657.

⁵⁸ За ова види: ЗРО, член 262, став 1 и став 2.

⁵⁹ Види: Ристовски. А., *Анализа за колективно договарање во Северна Македонија* (прво издание, ПЛО, 2022), 31-33.

⁶⁰ Закон за мирно решавање на работните спорови („Сл. весник на Република Македонија“, бр. 87/2007).

правата на работникот од работен однос).⁶¹ Во случаите на отказ на договорот за вработување, работникот има предизвикан основ за поведување постапка за остварување и заштита на неговите права. Постапката се поведува со поднесување приговор против одлуката за отказ на договорот за вработување пред работодавачот, во рок од осум дена од добивањето на одлуката за отказ на договорот за вработување.⁶² Следуваат дополнителни осум дена од денот на поднесувањето на приговорот од страна на работникот, во кои работодавачот може да се произнесе по него. Самиот приговор може да има суспензивно дејство, т. е. да го одложи извршувањето на одлуката за отказ (во случај кога работодавачот го откажува договорот за вработување со отказен рок) или, пак, да нема такво дејство (во случај кога работодавачот го откажува договорот за вработување без отказен рок), но, во секој случај, рокот во кој се поднесува приговорот е преклузивен. Конечно, приговорот на работникот против одлуката за отказ има и деволутивно дејство и тоа без оглед на фактот дали договорот за вработување е откажан со или без отказен рок. Тоа значи дека по приговорот на работникот, по правило, одлучува второстепен (повисок) орган кај работодавачот и тоа во законски предвиден рок од осум дена од денот на поднесувањето на приговорот. Доколку работодавачот (т.е. второстепениот орган) се произнесе во законски предвидениот рок, неговата одлука има карактер на конечна одлука. Конечната одлука може да има три различни исходи. Со неа работодавачот може да го отфрли приговорот како ненавремен, да го одбие приговорот како неоснован, но може и да го уважи приговорот. Доколку работодавачот го уважи приговорот, тогаш со конечната одлука може да се поништи одлуката за отказ (*ex tunc*) или, пак, таа да се укине, со што предметот ќе се врати на повторно одлучување пред првостепениот орган. Работодавачот може и да ја преиначи нападнатата одлука за отказ, на таков начин што самиот мериторно ќе одлучи за правото на работникот. Тогаш, најчесто доаѓа до замена на одлуката за откажување на договорот за вработување на работникот со одлука за парична казна (секако, доколку станува збор за случај на дисциплинска одговорност на работникот). Доколку работодавачот не донесе одлука во законски предвидениот рок или, пак, работникот не е задоволен со одлуката донесена по приговорот, тогаш тој има право да поведе спор пред надлежниот суд.⁶³ Со тоа, се заокружува постапката пред работодавачот (т.е. постапката на примарна или интерна заштита), но се остава можноста за започнување постапка пред надлежниот суд (т. е. постапката на екстерна заштита).

Постапката пред надлежниот суд се иницира со тужба која мора да биде навремена и дозволена. Тужбата е *навремена* доколку тужителот (работникот) се придржува кон законскиот и преклузивен рок од 15 дена кој започнува да тече од добивањето на конечната одлука од работодавачот по приговорот упатен до него од страна на работникот во рамките на примарната, т. е. интерната постапка, или, пак, од наредниот ден по истекот на рокот од осум дена во кој работодавачот имал можност да се произнесе по приговорот упатен од страна на работникот, но не го сторил тоа. Тужбата е *дозволена* доколку тужителот (работникот) претходно побарал остварување и заштита на своите права

⁶¹ За ова види: Чавдар К. (п.37), 94.

⁶² За ова види: ЗРО, член 181, став 4.

⁶³ За ова види: ЗРО, член 181, став 5.

во постапка пред работодавачот.⁶⁴ Доколку не е сторено тоа, не се исполнети претпоставките за засновање надлежност на судот и за барање судска заштита.⁶⁵ Оттука, во македонскиот трудовоправен систем не постои можност за директна заштита на правата на работникот пред надлежен суд во постапка за оспорување на законитоста на отказот, но и во други случаи на остварување и заштита на статусните права на работникот. Единствени исклучоци од ова правило се споровите за остварување и заштита на паричните побарувања од работниот однос, како и споровите поврзани со дискриминација на кандидатот за вработување при засновањето на работниот однос.⁶⁶ Судови кои имаат надлежност да одлучуваат во спорови од работните односи во прв степен се основните судови со основна надлежност (т.е. судовите кои судат во прв степен по граѓански спорови).⁶⁷ Надлежност за одлучување во втор степен, т.е. во постапките по жалба против одлуките на основниот суд имаат апелационите судови.⁶⁸ Конечно, од огромно значење за остварување и заштита на правата на работниците е и Врховниот суд на Република Македонија. Тој *inter alia* има надлежност да решава и по вонредни правни лекови против правосилните одлуки на судовите и одлуките на своите совети кога тоа е определено со закон.⁶⁹ Вонредниот правен лек (ревизијата) против второстепената пресуда може да биде изјавен секогаш кога станува збор за спорови од работните односи по повод престанок на работниот однос, без оглед на вредноста на спорот.⁷⁰ Постапката во споровите од работните односи има повеќе специфики во споредба со постапките во останатите судски спорови. Основна специфика е итноста во нејзиното решавање. Во споровите од работните односи кои се однесуваат на престанок на работниот однос, рочиштето за главна расправа мора да се одржи во рок од 30 дена од денот на приемот на одговорот на тужбата.⁷¹ Постапката пред првостепениот суд мора да се заврши во рок од шест месеца од денот на поднесувањето на тужбата.⁷² Во практиката, периодот од поведувањето на работниот спор пред надлежниот суд до неговата разрешница со правосилна судска пресуда трае и по неколку години.⁷³

⁶⁴ За ова види: Чавдар.К (п.37), 96.

⁶⁵ Во судската практика на Република Македонија, постојат одредени судски Одлуки, со кои во извесна мера се „дерогира“ правилото за условеност на дозволеноста на судската заштита со задолжително поведување на претходна постапка пред работодавачот (т.н. постапка на интерна заштита). На пример, со *Одлукајќа од 12.12.1997 година, рев.бр.929/96*, Врховниот Суд на Република Македонија, утврдил дека во услови кога во решението за престанок на работниот однос е дадена изречна поука дека решението е конечно и како последица на тоа работникот директно повел спор пред надлежниот суд, тој не го губи правото на судска заштита поради фактот што не поднел приговор против решението на работодавачот.

⁶⁶ За ова види: ЗРО, чл.181, став 6 и 7.

⁶⁷ За ова види: Закон за судовите, чл.30, став 2, алинеа 9 (Сл.весник на Р.Македонија бр.58/06).

⁶⁸ За ова види: Закон за судовите, чл.33, став 1, точка 1.

⁶⁹ За ова види: Закон за судовите, чл.35, став 1, точка 4.

⁷⁰ За ова види: Закон за парничната постапка, чл.372, став 3, точка 3 (Сл.весник на Р.Македонија, бр.79/2005).

⁷¹ Закон за парничната постапка, чл.405, став 3.

⁷² Закон за парничната постапка, чл.405, став 4.

⁷³ За ова види: <https://www.akademik.mk/ima-li-potreba-od-rabotni-sudovi/> (пристапено на 08 јуни 2018).

Заклучок

Во Република Северна Македонија, слободата на откажување на договорите за вработување од страна на работодавачите е ограничена со барања за постоење основани (оправдани) причини за отказ и исполнување на определени, претходни дејствија пред отказот. Правната подлога на режимот за откажување на договорите за вработување од страна на работодавачите произлегува и од ратификуваната Конвенција за престанок на работниот однос (бр. 158) од 1982 година на Меѓународната организација на трудот, која заедно со истоимената Препорака (бр. 166) од 1982 година е составен дел од внатрешниот правен поредок на земјата. Сепак, анализирајќи го македонското работно законодавство, може да се заклучи дека постојат повеќе правни празнини и недоречености, и тоа како во контекст на определувањето и дефинирањето на основаните причини за отказ (првенствено, во делот на личните причини и причините на вина на страна на работникот), така и во формалните, односно процесните дејствија пред откажувањето на договорот за вработување (на пример, во делот на задолжително претходно сослушување на работникот, писмено предупредување пред отказ поради полесни повреди на обврските од работниот однос, односно работниот ред и дисциплина и сл.).

Во контекст на правните последици од незаконското престанување на работниот однос, македонското работно законодавство не содржи јасно разграничување помеѓу институтите „враќање на работникот на работа“ и „престанок на работниот однос врз основа на судска пресуда“. Формулацијата која ја применува ЗРО за реинтеграција на работникот кај работодавачот по поништувањето на одлуката за отказ или т.н. враќање на работникот на работа е апстрактно одредена и во практиката предизвикува проблеми од аспект на определување на работното место на кое ќе се врати работникот по успешно добиениот работен спор. Правна последица, пак, од престанокот на работниот однос со судска пресуда (како посебен начин на престанување на важноста на договорот за вработување) вообичаено е и досудувањето еднократен надоместок на штета (нематеријална штета) која треба да му биде исплатена на работникот поради незаконското престанување на работниот однос. Сепак, постоечкиот Закон ниту ја утврдува висината ниту, пак, ги утврдува критериумите за исплаќање на таквиот надоместок, што предизвикува невоедначена судска практика. За очекување е новиот Закон за работните односи да се осврне кон прашањата кои беа споменати во овој труд и да понуди подобри решенија во однос на постоечките дилеми.

LEGAL CONSEQUENCES OF TERMINATION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP BY DISMISSAL ON THE INITIATIVE OF THE EMPLOYER

(Summary)

The issue of the legal consequences of the termination of the employment relationship by dismissal on the initiative of the employer is an issue in which the material and procedural nexuses of labour law intersect.

The subject of analysis in this article are the legal consequences of termination of the employment relationship by dismissal on the initiative of the employer, which may be different, depending on whether the dismissal is lawful (admissible) or unlawful (inadmissible), i.e. whether there is or not a founded (justified) reason for dismissal and whether or not the other pre-dismissal formal and procedural requirements have been met. Regarding the legal consequences of the unlawful termination of the employment relationship, the subject of analysis are the rights and possibilities available to the employee in the procedure for annulment of the unlawful dismissal, and that is primarily the right of the employee to return to work (reinstatement) and/or compensation for damages.

Key words: founded reasons for dismissal, pre-dismissal requirements and procedure, employee's reinstatement, compensation for damages.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Каламатиев, Т. и Ристовски, А. ., *Заштити на работниците во случај на отказ од деловни причини и колективни отстапувања – состојби и перспективи во македонскиот трудово-правен систем*, (International Scientific Conference Ohrid School of Law, Iuridica Prima, 2018), 71-85.
2. Каламатиев, Т. и Ристовски, А., *Отказ уговора о раду и заштита права радника услед престанка потребе за обављањем одређених послова у македонском радноправном систему*, (Радно и социјално право, број 1/2017, Београд, година XXI), 21-47.
3. Каламатиев, Т. и Ристовски, А., *Работничке односи во услови на здравствено-економска криза предизвикана од ковид-19*, (USAID и ЗТСП, 2021).
4. Каламатиев, Т. и Ристовски, А., *Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македонија – развој и перспектива*, (Радно и социјално право, број 1/2013, Београд, година XVII), 75-99.
5. Ковачевић, Љ, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, (Универзитет у Београду, Правни факултет, 2016).
6. Мрчков, В, *Трудово право*, (9 издание, Сиби 2015).
7. Frntić F. D., Gović Pentić, .I, Hanzelak, D., Milković, D., Novaković, N. and Rožman K., *Detaljni Komentar Zakona o Radu* (Zagreb, Radno Pravo, 2017).
8. OECD, Indicators of Employment Protection,

9. <http://www.oecd.org/employment/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm>, (пристапено на 07.04.2017).
10. Ristovski, A., *Fixed-Term Contracts and Disguised Employment Relationships* in Cristina Mihes (ed), *Non-Standard Forms of Employment in Selected Countries in Central and Eastern Europe* (ILO, 2021), 83-101.
11. Ристовски, А., *Анализа за колективно договарање во Северна Македонија* (прво издание, ИЛО, 2022).
12. Старова, Г., *Трудово право*, („Просветно дело“ АД Скопје, 2009).
13. Томановиќ, Т. и Томановиќ, В., *Договор за работа*, (Скопје, 2011).
14. Чавдар, К., *Тужби, шужбени барања и пресуди во работнишките спорови* (Скопје, Деловно право, бр.14, 2005).

Д-р Родна Живковска, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

Д-р Тина Пржеска, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

М-р Теа Лалевска, асистент
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ВРШЕЊЕ НА ПРАВОТО НА СЛУЖБЕНОСТ И НЕГОВА ЗАШТИТА

347.26(37)
347.26:340.13(497.7)
изворна научна статија

Во трудот се анализира правото на службеност како друго стварно право. Анализата поаѓа од премисата дека правото на службеност е стварно право кое се востановува на туѓа ствар и кое го овластува носителот да ја користи туѓата ствар или да бара од сопственикот на оптоварената ствар да се воздржува од дејствија кои инаку би можел да ги презема доколку не би постоело правото на службеност. Во трудот се претставува еволутивниот развој на правото на службеност со цел да се потенцираат карактеристиките кои правото на службеност како стварноправен институт ги задржало од периодот на неговата појава во римското право, па сè до современите правни, како и промените кои современите законодавства ги внеле во уредувањето на овој институт со цел да го приспособат на современите потребни на правниот живот. Понатаму, во трудот се анализира начинот на вршење на правото на службеност и, притоа, се претставува како вршењето на правото на службеност е условено од неговата правна природа и карактеристики. Покрај вршењето на правото на службеност, во трудот се претставува и начинот на негова заштита во рамките на институциите на правниот систем, т. е. институционалната заштита (петиторна, посесорна и земјишно-книжна) и вонинституционалната заштита (самозаштита на правото на службеност).

Клучни зборови: право на службеност, стварно право, граѓанско-правна заштита.

Правото на службеност спаѓа во групата т.н. други стварни права и како такво претставува делумна правна власт по повод ствар која е во сопственост на друго лице (туѓа ствар). Содржината на правото на службеност се состои

од овластување да се користи туѓата ствар во определен обем и на определен начин¹.

Во правната теорија, правото на службеност се нарекува уште и „ограничено стварно право“, со цел да се потенцира дека ова право го овластува својот титулар само ограничено да ја користи стварта (*ius utendi*), односно да се потенцира дека правото на службеност содржи само едно од овластувањата кои ја сочинуваат сопственоста². Во современата цивилна доктрина, сепак, превладува ставот дека терминот „ограничено стварно право“ не е соодветен од причина што упатува на погрешен заклучок дека правото на службеност произлегува од сопственоста и дека како такво е ограничено на едно од сопственичките овластувања. Современата цивилна доктрина на правото на службеност гледа како на право кое е самостојно по својата правна природа и независно од правото на сопственост. Според современитевидувања, правото на службеност не е производ на сопственоста, ниту, пак, производ на ограничувањата на сопственоста. Затоа, денес, цивилистите, претежно, се користат со терминот „друго стварно право“, означувајќи на тој начин дека правото на службеност претставува друго посебно стварно субјективно право³.

Што се однесува до заемниот однос помеѓу правото на службеност и правото на сопственост, некои цивилисти го застапуваат ставот дека правото на службеност влијае врз сопственоста како нејзино ограничување во поширока смисла, затоа што сопственикот на стварта е ограничен во можноста да ја користи својата ствар по своја волја, т. е. не може да ја користи на начин на кој би можел да ја користи доколку не би постоело правото на службеност⁴. Со овавидување можеме само делумно да се согласиме. Имено, точно е дека сопственикот на ствар која е оптоварена со право на службеност е ограничен во можноста да ја користи својата ствар на начин со кој би го попречувал вршењето на правото на службеност, но тоа е резултат на апсолутното (*erga omnes*) дејство кое го имаат сите стварни права. Апсолутното дејство на стварните права е тоа кое ги обврзува сите трети лица да ги почитуваат туѓите стварни права и да се воздржуваат од дејствија со кои би го попречиле вршењето на тие права⁵.

Поаѓајќи од премисата дека правото на службеност претставува друго стварно право кое се врши на туѓа ствар, во текстот што следува ќе бидат анализирани појавата и развојот на правото на службеност, вршењето на правото на службеност и заштитата на правото на службеност.

¹ Така: Р. Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 119; N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo, Svezak drugi, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne Novine d.d., Zagreb, 2007, 5; Д. Стојановић, *Стварно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 1998, 17; И. Бабић, *Граѓанско право, Књига 2, Стварно право*, Београд • Нови Сад, 2012, 225; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, Zograf, Niš, 2004, 205; M. Shaffer Van Houweling, *The New Servitudes*, The Georgetown Law Journal, Vol. 96:885, 2008.

² Види: Z. P. Rašović, *Stvarno pravo*, Београд, 2005, 303. Исто и: N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 8.

³ Види: Р. Живковска, *op. cit.*, 119. Исто и: N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 8

⁴ Така: N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 5. Исто и: R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.*, 205.

⁵ За апсолутното дејство на стварните права види: Р. Живковска, *op. cit.*, 26-28.

1. Појава и развој на правото на службеност

Правото на службеност е едно од најстарите познати стварни права, т.н. традиционални стварни права, кое е присутно во правната регулатива уште од периодот на римското право. Во текот на тој долг период на постоење, правото на службеност се развивало и било модификувано од правните системи во согласност со потребите и околностите на различните временски периоди. Затоа, со цел да се разбере местото, правната природа и значењето на правото на службеност во современите правни системи се поаѓа од неговата појава и развој во периодот на римското право.

Во периодот на римското право, службеностите се појавиле како резултат на реалните потреби во секојдневниот живот да се користи туѓата ствар на начин со кој ќе се обезбеди поекономично и поефикасно искористување на сопствената ствар или користење на туѓата ствар заради задоволување сопствени потреби. Службеноста како овластување да се користи туѓата ствар во римското право не била третирана како посебно стварно субјективно право, туку како ограничување на правото на сопственост на едно лице во корист на друго лице (*ius in re aliena*)⁶.

Ограничувањето на правото на сопственост преку востановување право на службеност било дозволено само доколку користа која на тој начин ја остварувал имателот на правото на службеност ја надминувала штетата што ја трпел сопственикот на оптоварената ствар⁷.

Поаѓајќи од неопходноста и корисноста на правото на службеност, римското право налагало службеностите да се востановуваат и вршат во согласност со неколку основни начела (максими):

– правото на службеност морало да се врши на разумен и рестриктивен начин (*civiliter modo*), односно на начин на кој најмалку ќе се оптоварува, односно ќе му се смеќава на сопственикот на оптоварената ствар⁸;

– правото на службеност не можело да се востанови на сопствена ствар (*nulli res sua servit*)⁹;

– правото на службеност не можело за објект да има друго право на службеност (*servitus servitutis esse non potest*)¹⁰.

Службеностите во римското право биле класифицирани на стварни службености (*servitutes rerum*) и лични службености (*servitutes personarum*).

Стварните службености се востановувале на товар на една недвижност (послужна недвижност – *praedium serviens*), а за потребите на друга недвиж-

⁶ Види: G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, 164; F. Tuccillo, *Algunas notas sobre las servidumbres prediales en la tradición romanística y en las modernas codificaciones*, *Ridrom, Derecho Romano, Tradición Romanística y Ciencias Histórico-Jurídicas*, Octubre - 2017, 100; A. M. Riggsby, *Roman Law and the Legal World of the Romans*, Cambridge University Press, 2010, 143; E. Kranli Bajram, *Special Features of Roman Servitudes*, *Iustinianus Primus Law Review*, Volume 9 Issue 2 Year 2018, < 8.-Special-Features-Esin.doc (live.com)>, 1.

⁷ Види: G. Mousourakis (2012), *op. cit.*, 165; A. M. Riggsby, *op. cit.*, 149.

⁸ A. M. Riggsby, *op. cit.*, 149; F. Tuccillo, *op. cit.*, 100; E. Kranli Bajram, *op. cit.*, 6.

⁹ F. Tuccillo, *op. cit.*, 100; A. M. Riggsby, *op. cit.*, 148; E. Kranli Bajram, *op. cit.*, 4-5.

¹⁰ Така: G. Mousourakis (2012), *op. cit.*, 166-167; E. Kranli Bajram, *op. cit.*, 5-6.

ност (повластена недвижност – *praedium dominans*)¹¹. Бидејќи се востановувале во корист, односно на товар на недвижност, овие права продолжувале да постојат на товар на послужната недвижност, а во корист на повластената недвижност независно од промената на носителите на правото на сопственост. Така, секое лице кое стекнувало сопственост на послужната недвижност било должно да го трпи правото на службеност, а секое лице кое стекнувало сопственост на повластената недвижност станувало истовремено и носител на правото на службеност во корист на таа недвижност.

Римското право ги познавало и личните службености. За разлика од стварните службености, личните службености во римското право се востановувале во корист на определено лице, а со цел тоа лице да задоволи некои свои лични потреби преку користењето на туѓата ствар¹². Личните службености ја следеле личноста која била носител на правото, па затоа престанувале кога ќе настапела смрт на носителот на правото на службеност и не се пренесувале на други лица, ниту, пак, на наследниците. Личните службености можеле да престанат и во текот на животот на носителот на правото на службеност со истекот на рокот за кој биле востановени¹³.

2. Правото на службеност во современите правни системи

Во современите правни системи, правото на службеност го задржало своето место во рамките на стварноправната регулатива како стварно субјективно право. Функцијата и значењето на правото на службеност, исто така, останале непроменети, т. е. тоа сè уште е право со кое носителот ги задоволува своите економските интереси преку користење на туѓата ствар за задоволување на своите потреби.

Во зависност од тоа дали правото на службеност се востановува заради потребите на определена недвижност или, пак, за потребите на определено лице, службеностите се класифицираат во две категории: стварни службености и лични службености. Стварните службености се во функција на поекономично и порационално искористување на недвижностите. Тие се востановуваат во корист на сопственикот на определена повластена недвижност, а на товар на сопственикот на послужната недвижност. Стварните службености се нераздвојно поврзани со послужната и повластената недвижност, па затоа тие можат да се пренесуваат само со пренесување на правото на сопственост на повластената или, пак, на послужната недвижност. Личните службености, за разлика од стварните, имаат цел да ги задоволат економските и личните потреби на определено лице кое е носител на правото на лична службеност. Поаѓајќи од целта, т. е. функцијата на личните службености, тие се нераздвојно поврзани со личноста на носителот на правото на службеност и не е допуштено тие да се пренесуваат на други лица. Во поглед на непреносливоста на личните службености, некои цивилисти со право забележуваат дека таа забрана, во суштини

¹¹ Така: G. Mousourakis (2012), *op. cit.*, 165; G. Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 122.

¹² Види: G. Mousourakis (2012), *op. cit.*, 168; A. M. Riggsby, *op. cit.*, 144.

¹³ Поблиску види: G. Mousourakis (2012), *op. cit.*, 168.

на, е релативна. Имено, независно од фактот што законодавствата забрануваат пренесување на правото на лична службеност, не постојат никакви законски пречки носителот на правото на лична службеност да ги пренесе плодовите и другите користите кои ќе ги прибави при вршењето на правото на службеност, особено кога станува збор за вршење на правото на плодоуживање како лична службеност¹⁴.

Евидентно е дека современите европски правни системи го имаат преземено институтот право на службеност од римското право, прифаќајќи ги, притоа, функцијата и карактеристиките кои на правото службеност му ги припишале римските правници. Меѓутоа, не треба да се превиди дека секоја европска земја го развивала и модификувала институтот службеност во зависност од сопствената правна традиција и потребите на правниот живот. Со цел да се увидат сличностите и разликите во начинот на правното регулирање на правото на службеност помеѓу европските земји, ќе ја анализираме правната уреденост на правото на службеност во македонското право и во правото на земји членки на Европската Унија.

а) Македонскиот Закон за сопственост и други стварни права од 2001 година¹⁵ го уредува правото на службеност во посебен дел од Законот (Дел трети – Други стварни права). Законодавецот поаѓа од основната класификација на службеностите и нив ги дели на стварни и лични службености. Стварните службености во Законот се определени како права кои го овластуваат носителот на правото на службеност, т. е. сопственикот на повластената недвижност, да презема определени дејствија на туѓата, т. е. послужната недвижност, или да бара од сопственикот на послужната недвижност да се воздржува од определени дејствија кои инаку би можел да ги презема на својата ствар (чл. 192 ст. 2). Личните службености Законот ги определува како права кои го овластуваат носителот на тоа право да ја користи туѓата ствар на определен начин, а сопственикот на таа ствар е должен да го трпи тоа. При дефинирањето на личните службености, законодавецот ја потенцира и личната поврзаност помеѓу носителот на правото на лична службеност и сопственикот на послужната ствар, пропишувајќи дека носител на правото на лична службеност е „*огредено лице кое е во посебен однос со сопственикот на послужната ствар*...“ (чл. 192 ст. 2).

Стварните службености Законот за сопственост и други стварни права ги уредува во членовите 193–207. Притоа, Законот уредува три категории стварни службености во зависност од природата на недвижноста во чија корист се востановени: полски, куќни и комунално-технички. Полски службености се оние што се востановени во корист на недвижностите од земјоделска природа. Куќните службености, според Законот, се оние што се востановени заради потребите на определен објект (станбен или деловен). Комунално-техничките службености, согласно со Законот, се востановуваат заради спроведување комунална инфраструктура. Треба да се напомене дека Законот за сопственост и други стварни права, покрај тоа што ги класифицира стварните службености на полски, куќни и комунално-технички, исто така, поединечно ги определува

¹⁴ Така: А. М. Riggsby, *op. cit.*, 145; N. Gavella, *et. al.*, *op. cit.*, 37; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.*, 229.

¹⁵ „Сл. весник на РМ“, бр. 18/01, 92/08, 139/09 и 35/10.

и типичните видови стварни службености. Во таа смисла, Законот пропишува: „Полски службености се правото на пешачки премин, на прошегување на добиток, на премин со зајрежни возила, возила на мошорен ѓон и други возила, правото на црење вода, правото на довод и одвод на вода преку туто земјиште и други“ (чл. 195 ст. 1). За куќни службености Законот ги определува: „право на нужен премин преку туто земјиште, право на ползување на тути ѕид, право на сироведување чад преку соседовиот оџак, право за исшекување на атмосферска и друга вода низ соседовиот земјиште, право на поставување на телевизиска антена на тута ѕрада и други“ (чл. 195 ст. 2). Во однос на комунално-техничките службености, Законот пропишува: „Комунално-технички службености се правото на сироведување на тасоводни, нафтоводни, водоводни и други цевки на туто земјиште, правото на сироведување на телевизиски кабли на туто земјиште и други.“ (чл. 195 ст. 3). Од цитираните одредби може да се увиди дека бројот и видовите стварни службености не се ограничени само на службеностите децидно определени во Законот. Законодавецот, имајќи ги предвид различните потреби на сопствениците на недвижности, ја оставил отворена листата на стварни службености, т. е. оставил простор во правниот живот да се востановуваат стварни службености со најразлична содржина во зависност од интересите на сопствениците на повластените и послужните недвижности.

Личните службености во Законот за сопственост и други стварни права се уредени со членовите 208–224. За разлика од стварните службености кои според Законот се многубројни и можат да се јават во различни видови, бројот и видот на личните службености се строго определени. Законот разликува три вида лични службености, и тоа: правото на плодуживање, правото на употреба и правото на домување (чл. 208). Таксативниот пристап на законодавецот при определувањето на личните службености не остава простор субјектите во правото да создаваат нови видови лични службености, различни од оние што се уредени во Законот за сопственост и други стварни права.

Анализата на одредбите на Законот за сопственост и други стварни права ни покажува дека законодавецот во голема мера се раководи од римскиот концепт на правно уредување на институтот службеност. Притоа, законодавецот внесува и новини кои кореспондираат на потребите на современото живеење, па во рамките на видовите стварни службености како посебна категорија ги воведува комунално-техничките службености.

б) Германскиот Граѓански законик (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), исто како и македонскиот Закон за сопственост и други стварни права, службеностите ги класифицира на стварни и лични службености. Стварните службености се уредени како овластувања кои може да се состојат од: користење на оптовареното земјиште на определен начин, барање сопственикот на оптовареното земјиште да се воздржи од преземање определени дејствија на своето земјиште или барање сопственикот на оптовареното земјиште да се воздржи од остварување права во однос на повластеното земјиште кои произлегуваат од неговото право на сопственост на оптовареното земјиште (§ 1018). Како лична службеност во германскиот Граѓански законик е уредено само правото на плодуживање. Во одредбите на Законикот, правото на плодуживање е дефинирано како оптоварување на определена ствар кое му овозможува на лицето во

чија корист е оптоварувањето да ги прибира користите од оптоварената ствар. Во поглед на правото на плодоуживање, Законикот, исто така, определува дека тоа може да биде ограничено на начин што плодоуживателот може да се исклучи од можноста да остварува определен вид користи од оптоварената ствар (§ 1030). Покрај стварите, предмет на правото на плодоуживање може да бидат и права (§ 1069). Како права на кои може да се востанови плодоуживање Законикот посебно ги наведува: побарувањата кои се состојат од определени чинења (§ 1070), парични побарувања (§ 1074), правото на доживотен ануитет (§ 1073), правото на реален товар (§ 1080) и правата од хартии од вредност на доносител или по наредба (§ 1081). Законикот допушта предмет на плодоуживање да биде и дел од имотот или оставината на определено лице (§ 1085 и 1989). Кога предмет на плодоуживање е дел од имотот, оптоварениот дел мора индивидуално да се определи (§ 1085). Германскиот Граѓански законик, покрај стварните и личните службености, воведува и трета категорија службености кои по својата природа се комбинација од карактеристиките на стварните и личните службености. Станува збор за право на службеност на земјиште (или објект) кое се востановува во корист на точно определено лице (ограничена лично-стварна службеност) (§ 1090). Носителот на правото на ограничена лично-стварна службеност е овластен да ја користи туѓата недвижност за свои потреби или да има други овластувања кои ја сочинуваат содржината на определена стварна службеност. За разлика од стварните службености кои според Законикот се востановуваат на товар на едно земјиште за потребите на друго земјиште, ограничените лично-стварни службености се востановуваат на товар на едно земјиште или објект, а за потребите на определено лице (§ 1091 и 1092). Интересно е што германскиот Граѓански законик правото на домување го вбројува во категоријата лично-стварни службености (§ 1093).

в) Швајцарскиот граѓански законик (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch – ZGB*), исто како и македонскиот Закон за сопственост и други стварни права, службеностите ги уредува во посебен дел кој е насловен – Ограничени стварни права. Законикот разликува стварни и лични службености. Стварните службености во Законикот се дефинирани како оптоварувања во корист на повластена недвижност, а на товар на послужна недвижност кои го обврзуваат сопственикот на послужната недвижност да трпи сопственикот на повластената недвижност да остварува некои права на послужната недвижност, или, пак, го обврзуваат сопственикот на послужната недвижност самиот да се воздржи од остварување определени права на својата недвижност, а во корист на сопственикот на повластената недвижност (art. 730). Швајцарскиот граѓански законик дозволува востановување и на т.н. сопственички стварни службености¹⁶, односно дозволува сопственикот на една недвижност да востанови службеност на товар на друга недвижност, која, исто така, е во негова сопственост (art. 733). Швајцарскиот граѓански законик не содржи општа дефиниција за правото на лична службеност, туку само ги уредува видовите лични службености. Како лични службености во Законикот се наведени: правото на плодоуживање (art. 745–775), правото на домување (art. 776–778), правото на градење (art.

¹⁶ За сопственички стварни службености поблиску види: R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.*, 209-210.

779–791), правото на пристап до извор на вода (art. 780) и други службености со најразлична содржина кои се востановуваат за конкретни потреби на определено лице (art. 781).

г) Францускиот Граѓански законик (Code Civil) ги познава двете категории службености – стварните и личните службености. Стварните службености во францускиот Граѓански законик се дефинирани како оптоварувања востановени на една недвижност за користењето или потребите на друга недвижност во сопственост на друго лице (art. 673). Во поглед на востановувањето стварни службености, францускиот Граѓански законик пропишува определени ограничувања. Според Законикот, иако стварните службености може да бидат со најразлична содржина, не е дозволено со стварната службеност да се утврдува некаков приоритет на повластената во однос на послужната недвижност (art. 638). Исто така, согласно со францускиот Граѓански законик востановувањето на стварните службености е дозволено само ако тоа резултира од: природна поврзаност на недвижностите, законска обврска или договор помеѓу сопствениците на недвижностите (art. 639). За разлика од стварните службености кои Законикот ги дефинира како оптоварување на недвижностите, личните службености се дефинирани како права кои го овластуваат носителот да се користи со туѓата ствар. Во францускиот Граѓански законик се уредени правото на плодоуживање, правото на употреба и правото на домување како видови лични службености (art. 578 и 625).

д) Хрватскиот Закон за сопственост и други стварни права (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹⁷) правото на службеност го уредува во посебен дел насловен – Дел четврти – Службености. Законот содржи општи одредби за службеностите, а потоа во посебни глави ги уредува стварните и личните службености. Согласно со Законот, стварната службеност е дефинирана како стварно право на сопственикот на повластената недвижност за потребите на таа недвижност на определен начин да се служи со послужната недвижност на некое лице, а сопственикот на послужната недвижност е должен да го трпи тоа или да биде должен да пропушта преземање определени дејствија кои инаку би можел да ги преземе (čl. 186 st. 1). Во рамките на стварните службености, хрватскиот Закон за сопственост и други стварни права ги уредува и т.н. неправилни службености кои претставуваат стварни службености на товар на послужна недвижност, а во корист на точно определено лице (čl. 189 st. 1). За неправилните стварни службености Законот упатува на соодветна примена на одредбите со кои се уредени личните службености (čl. 189 st. 2). Личната службеност во хрватскиот Закон се дефинира како стварно право кое овластува точно определено лице да се служи на определен начин со туѓата (послужна) ствар, а сопственикот на стварта мора да го трпи тоа (čl. 199 st. 1). Како лични службености во Законот се уредени правото на плодоуживање, правото на употреба и правото на домување (čl. 199 st. 2).

ѓ) Словенечкиот Стварноправен законик (Stvarnopravni zakonik¹⁸), слично како и хрватскиот Закон за сопственост и други стварни права, правото на службеност го уредува во посебен дел – IX дел насловен „Службености“. За-

¹⁷ Narodne Novine 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 и 152/14.

¹⁸ Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 и 23/20.

коникот ги познава двата вида службености: стварни и лични. Стварната службеност во Законикот е дефинирана како право на сопственикот на повластена-та недвижност да презема определени дејствија на туѓата недвижност за свои потреби (позитивна службеност) или да бара од сопственикот на послужната недвижност да се откаже од преземање определени дејствија кои инаку би имал право да ги презема на својата недвижност (негативна службеност) (čl. 213). Законикот ја познава и неправилната стварна службеност, т. е. стварната службеност востановена во корист на точно определено лице (čl. 226). Личната службеност во Законикот се дефинира како право кое го овластува имателот да ја употребува туѓата ствар или да го врши туѓото право што може да трае најдолго до смртта на имателот (čl. 227). Во Законикот како лични службености се уредени правото на плодоживање, правото на употреба и правото на домување (čl. 228).

Споредбената анализа на правната уреденост на правото на службеност ни покажува дека во правото на европските земји се уредуваат двата вида службености – стварните и личните, кои како институти настанале уште во периодот на римското право. Во современите правни системи, исто така, се забележуваат и одредени модификации на овие институти кои значат отстапување од концептот за правото на службеност кој постоел во римското право. Како што покажа споредбената анализа, во некои правни системи е дозволено востановување на правото на службеност и на своја ствар (Швајцарскиот граѓански законик), што не кореспондира со римскиот концепт на службеноста како право на туѓа ствар (*ius in re aliena*). Исто така, споредбената анализа покажа дека некои правни системи уредуваат и посебен вид службености кои се комбинација од карактеристиките на стварните и личните службености. Овој хибриден вид службености ги познава германскиот Граѓански законик во кој се именуваат како „ограничени лично-стварни службености“, како и хрватскиот Закон за сопственост и други стварни права и словенечкиот Стварноправен законик во кои се именуваат како „неправилни службености“.

3. Вршење на правото на службеност

Во најопшта смисла на зборот, вршењето на правото на службеност подразбира остварување на содржината на правото на начин и во обем во којшто е востановено¹⁹. Согласно со одредбите на Законот за сопственост и други стварни права, стварните субјективни права (вклучително и службеностите) се остваруваат во согласност со принципот на слободна диспозиција (чл. 5). Сепак, треба да се има предвид дека слободната диспозиција во вршењето на стварните субјективни права има свои граници кои се определуваат со законски прописи (природата и намената на стварта, општиот интерес утврден со закон, забраната за злоупотреба на правото итн.). Покрај овие општи (законски) граници во вршењето на стварните субјективни права, граници во вршењето на правото на службеност се поставуваат и со правниот основ за востановување

¹⁹ За вршење на граѓанските субјективни права, поблиску кај: Р. Живковска, Т. Пржеска, *Граѓанско право, Ойши дел*, Европа 92, Скопје, 2021, 340.

на правото со кој се прецизира начинот и обемот во кој носителот на правото на службеност ќе може да го остварува своето право во поглед на користењето на туѓата ствар.

Како што покажавме, Законот за сопственост и други стварни права дозволува стварните службености да имаат најразлична содржина во зависност од потребите и интересите на сопствениците на повластената и послужната недвижност. Тоа значи дека субјектите во правото уживаат поголема слобода при определувањето на содржината и начинот на вршењето на стварните службености. За разлика од стварните службености чија содржина може да се модификува, содржината на личните службености е определена во Законот за сопственост и други стварни права. Субјектите во правото во поглед на личните службености по слободна диспозиција можат одлучуваат само дали ќе востановат право на лична службеност и каков вид лична службеност ќе се востанови, а носителот на правото на службеност по слободна диспозиција одлучува дали ќе го врши или нема да го врши стекнатото право.

Поаѓајќи од правната природа на правото на службеност и неговата законска уреденост, правната наука идентификува неколку начелата врз основа на кои се врши правото на службеност: а) службеноста се врши на туѓа ствар, односно на право што му припаѓа на друго лице, б) службеноста е непренослива, в) службеноста е неделива, г) службеноста се врши рестриктивно, д) службеноста не опфаќа позитивни обврски за сопственикот на оптоварената ствар (начело на пасивност), ё) службеноста мора да има разумна цел (начело на корисност) и е) приоритет во вршење на службеностите.

а) Начелото според кое службеноста е право кое се врши на туѓа ствар произлегува од поимното определување на правото на службеност како право кое го овластува неговиот носител да ја користи туѓата ствар, односно да го врши туѓото право во определен обем и на определен начин. Оттука произлегува дека едно лице не може да востанови, т. е. да стекне право на службеност на сопствената ствар. Ова е сосема логично бидејќи содржината на правото на сопственост ги опфаќа сите овластувања кои едно лице може да ги има по повод определена ствар. Ако едно лице има право на сопственост на определена ствар, тогаш тоа лице може целосно да ја користи својата ствар, па востановувањето на правото на службеност на таа ствар во корист на нејзиниот сопственик е потполно беспредметно. Доколку носителот на правото на службеност подоцна стекне право на сопственост на стварта на која го врши правото на службеност, тогаш по сила на закон неговото право на службеност престанува²⁰, т. е. стекнатото право на сопственост го апсорбира стекнатото право на службеност. Истото тоа важи и кога предмет на правото на службеност е определено право, ако носителот на правото на службеност го стекне правото на кое ја врши службеноста, неговото право на службеност ќе престане.

Од начелото дека правото на службеност може да се врши само на туѓа ствар постојат и некои исклучоци. Цивилистите со право подвлекуваат дека ова начело не важи кај т.н. сопственички службености со кои му се дозволува на сопственикот на една недвижност да востанови право на стварна службеност во корист на таа недвижност, а на товар на друга недвижност која, исто

²⁰ Види: чл. 206, ст. 3, Закон за сопственост и други стварни права...

така, е во негова сопственост²¹. Друг исклучок постои кај службеностите запишани во јавни книги, во тој случај, дури и да дојде до конфузија (соединување) на носителот на правото на сопственост и носителот на правото на службеност на истата ствар, правото на службеност нема да престане сè додека не дојде до негово бришење од јавните книги²².

б) Начелото на непреносливост на службеноста ја изразува поврзаноста на правото на службеност со недвижноста, односно лицето во чија корист е востановено²³. Стварните службености кои се востановуваат за потребите на една недвижност (повластена недвижност), а на товар на друга недвижност (послужна недвижност) се поврзани со повластената недвижност или поточно со правото на сопственост на повластената недвижност. Поврзаноста на правото на стварна службеност со правото на сопственост на повластената недвижност подразбира дека носител на правото на стварна службеност секогаш ќе биде лицето кое е носител на правото на сопственост на повластената недвижност. Носителот на правото на стварна службеност не може да го одвои правото на службеност од правото на сопственост на повластената недвижност и службеноста да ја пренесе на друго лице. Доколку се пренесе правото на сопственост на повластената недвижност, тогаш и правото на службеност во корист на таа недвижност ќе премине на новиот сопственик. Личните службености се неодоививи од лицето во чија корист се востановени, па затоа не е дозволено носителот на правото на лична службеност да го пренесе своето право на друго лице.

Законот за сопственост и други стварни права децидно пропишува дека правото на лична службеност е непреносливо (чл. 209). За непреносливоста на стварните службености нема децидна одредба. Сепак, фактот што стварните службености, согласно со Законот, се востановуваат за потребите на определена повластена недвижност нè наведува на заклучокот дека вршењето на правото на службеност законодавецот го „врзува“ со вршењето на правото на сопственост на повластената недвижност и има цел да обезбеди полесно и пофункционално користење на повластената недвижност.

в) Начелото на неделивост на службеноста означува дека правото на службеност се врши на целата оптоварена ствар, па според тоа не може да постои право на службеност на идеален дел од ствартата²⁴. Исто така, правото на службеност не може да се востанови во корист на идеален дел од повластена недвижност, па ако недвижноста е во сосопственост или во заедничка сопственост, носители на правото на службеност ќе бидат сите сосопственици, односно заедничари на повластената недвижност. Доколку дојде до поделба на повластената недвижност, како резултат на неделивоста, правото на службеност останува во корист на сите сопственици на новонастанатите делови од недвижноста. Кога доаѓа до поделба на послужната недвижност, не важи начелото на неделивост. Во тој случај, правото на службеност ќе остане како товар само на онаа новонастаната недвижност каде што *de facto* било вршено.

²¹ Поблиску види: N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 9; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.*, 209; И. Бабић, *op. cit.*, 228.

²² Така: N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 9.

²³ Види: Р. Живковска, *op. cit.*, 119; И. Бабић, *op. cit.*, 230; N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 11; Z. P. Rašovlć, *op. cit.*, 311-312.

²⁴ Види: Р. Живковска, *op. cit.*, 120; Z. P. Rašovlć, *op. cit.*, 310; И. Бабић, *op. cit.*, 230; N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 12; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.*, 213.

Според мислењето на некои цивилисти, начелото на неделивост не се применува кај определени видови лични службености, т. е. кај правото на плодуживање, а до одредена мера и кај правото на употреба. Застапниците на ова становиште аргументираат дека правото да се употребува тугата ствар целосно (плодоуживање) или во рамките на потребите на носителот (употреба) може да се подели затоа што и самото овластување да се употребува стварта (собирање на плодови и други користи) по својата природа е деливо. Поаѓајќи од ова становиште, цивилистите заклучуваат дека правото на плодуживање може да се востанови и на идеален дел од стварта (по волја на сопственикот на идеалниот дел) или, пак, може да се востанови во корист на повеќе лица кои заедно ќе ја плодуживаат стварта сразмерно на својот дел во правото на плодуживање²⁵.

Законот за сопственост и други стварни права децидно го прокламира начелото на неделивост на стварните службености (чл. 207). За неделивоста на личните службености во Законот нема децидна одредба, што го отвора прашањето дали во македонското стварноправно законодавство е дозволено востановување лични службености на идеален дел од стварта или востановување право на службеност во корист на повеќе лица заедно. Македонскиот Закон за сопственост и други стварни права го третира идеалниот дел од стварта за вредносно самостоен дел со кој сопственикот може слободно да располага без согласност на другите сосопственици. Во тој поглед, нема законска пречка сосопственикот да го оптовари својот идеален дел од стварта, меѓу другото, и со право на лична службеност. Меѓутоа, ако внимателно се анализираат одредбите од Законот за сопственост и други стварни права со кои се дефинира правото на службеност, произлегува дека интенцијата на законодавецот е поинаква, односно дека законодавецот немал интенција да дозволи востановување на правото на службеност на идеален дел од стварта. Согласно со член 210 на Законот: „*Правото на плодуживање е лична службеност која му дава овластување на нејзиниот носител (плодуживателот) без надоместок целосно да се служи со некоја ствар (послужна ствар)*“. Од цитираната одредба произлегува дека законодавецот го поима правото на плодуживање како право кое дава овластување да се користи тугата ствар во целина. За правото на употреба и за правото на домување, Законот за сопственост и други стварни права упатува на соодветна примена на одредбите за правото на плодуживање (чл. 222 и чл. 224). Што се однесува до можноста правото на плодуживање да се востанови во корист на повеќе лица заедно, во Законот за сопственост и други стварни права не се содржани посебни одредби. Теоретски гледано, возможно е повеќе лица да го делат правото на плодуживање на истата ствар што ќе подразбира дека соносителите на правото на службеност ќе ги делат плодовите и другите користи од оптоварената ствар сразмерно на делот од правото на плодуживање кој им припаѓа.

г) Начелото на рестриктивност се однесува на начинот на кој носителот на правото на службеност треба да го врши своето право. Вршењето на правото на службеност треба да биде во границите во кои било востановено. Исто така, правото на службеност треба да се врши на начин на кој најмалку ќе се ограничува остварувањето на правото на сопственост на послужната недвижност²⁶.

²⁵ Така: N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 12-13.

²⁶ Така: P. Живковска, *op. cit.*, 120 и 122; N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 10-11; Z. P. Rašovlć, *op. cit.*, 312.

Кај личните службености начелото на рестриктивност подразбира носителот на правото на лична службеност да ја користи стварта почитувајќи ги правните стандарди (добар домаќин, добар стопанственик или добар стручњак), како и да ја користи стварта во согласност со нејзината природа и намена.

Во Законот за сопственост и други стварни права, начелото на рестриктивност е прокламирано во член 197 став 2 и член 212 став 1.

д) Начело на пасивност е поврзано со негативните обврски на носителот на правото на сопственост на оптоварената (послужната) ствар да го трпи вршењето на правото на службеност, како и да се воздржува од дејствија кои инаку би можел да ги преземе на својата ствар кога не би постоело правото на службеност. Од начелото на пасивност произлегува дека содржината на правото на службеност не смее да биде модификувана на начин што ќе опфаќа позитивни обврски на товар на сопственикот на оптоварената (послужната) ствар²⁷.

Законот за сопственост и други стварни права децидно пропишува дека сопственикот на оптоварената (послужната) ствар е должен да остане пасивен и дека не е должен нешто да чини во корист на носителот на правото на службеност (чл. 211 и чл. 197 ст. 2). Начелото на пасивност, сепак, не ја исклучува обврската на сопственикот на оптоварената (послужната) ствар неа да ја одржува во состојба во која е неопходна за вршење на правото на службеност. Кога вршењето на правото на службеност подразбира користење некаков уред или преземање некакво дејствие на оптоварената (послужната) недвижност, Законот пропишува дека трошоците поврзани со користењето на уредот, односно преземањето на дејствието ги сноси носителот на правото на службеност (чл. 197 ст. 3). Ако уредот, односно дејствијата се воедно корисни и за сопственикот на оптоварената (послужната) недвижност, тогаш согласно со Законот, сопственикот и носителот на правото на службеност тие трошоци ги поднесуваат сразмерно (чл. 197 ст. 4).

ѓ) Начело на корисност означува дека востановувањето на правото на службеност мора да има определена разумна цел²⁸. Кај стварните службености таа „разумна цел“ за востановување на правото на службеност се огледа во објективната потреба да се користи туѓата недвижност како послужна, а со цел да се овозможи полесно или порационално користење на сопствената недвижност како повластена. Целта за востановување на личните службености е во задоволувањето на личните потреби на носителот на правото на лична службеност. Обемот на задоволување на личните потреби на носителот на правото на лична службеност варира во зависност од видот на лична службеност. Правото на плодуюживање дава најшироки овластувања и му овозможува на плодуюживателот да ги задоволува своите потреби со целосно економско искористување на оптоварената (послужната) ствар. Правото на употреба е порестриктивно и му овозможува на носителот користење на туѓата ствар, но само во обем неопходен за задоволување на неговите елементарни потреби и потребите на членовите од неговото семејство. Најрестриктивно е правото на домување кое го овластува носителот да ја користи оптоварената (послужната) ствар само за домување, т. е. да живее во недвижноста со членовите на своето семејство.

²⁷Види: Р. Живковска, *op. cit.*, 120 и 122; N. Gavella, *et. al.*, *op. cit.*, 9- 10; И. Бабић, *op. cit.*, 228.

²⁸Види: N. Gavella, *et. al.*, *op. cit.*, 10; И. Бабић, *op. cit.*, 229.

Во поглед на стварните службености, Законот за сопственост и други стварни права децидно прокламира дека тие мора да имаат „разумна цел“, но не појаснува што се подразбира под поимот „разумна цел“ (чл. 197 ст. 1). Посредно од законските одредби можеме да заклучиме дека постоењето „разумна цел“ за востановување на правото на службеност треба да се оценува врз основа на објективни критериуми. Во таа смисла, кога се оценува дали постои или не постои потреба од востановување стварна службеност, не треба да се поаѓа од личните (субјективни) желби на лицето кое бара да се стекне со право на стварна службеност, туку треба објективно да се цени дали постои реална потреба да се користи туѓата недвижност како послужна и во колкав обем. При промена на околностите, односно ако објективно престане потребата да се користи послужната недвижност за потребите на повластената недвижност, може да се бара да престане правото на службеност²⁹.

За востановување на личните службености Законот за сопственост и други стварни права не прокламира дека треба да постои „разумна цел“, што е сосема разбирливо затоа што потребата од востановување лична службеност не се цени објективно. Личните службености, за разлика од стварните, се востановуваат за задоволување на личните (субјективните) потреби на носителот на правото на лична службеност, а во обем во кој сопственикот на оптоварената (послужната) ствар има волја да го дозволи тоа.

е) Начелото на приоритет во вршење на службеностите може да се разгледува од два аспекта: приоритет помеѓу правото на сопственост и службеностите и приоритет помеѓу различните видови службеност на иста ствар.

Правото на сопственост несомнено е „најсилното“ стварно право кое дава најшироки овластување по повод стварта. Меѓутоа, кога станува збор за правото на службеност кое ја „товари“ туѓата ствар, тогаш Законот, во одредена мера, му дава првенство на правото на службеност во однос на правото на сопственост. Првенството кое го има правото на службеност во однос на правото на сопственост на стварта е со ограничено дејство и се однесува само на начините на вршење на правото на сопственост од кои сопственикот на оптоварената (послужната) ствар треба да се воздржува во корист на носителот на правото на службеност. Во оваа смисла, сопственикот на оптоварената (послужната) ствар може да го врши правото на сопственост, но само во мера до која не го повредува востановеното право на службеност³⁰.

Што се однесува до приоритетот помеѓу различните видови службеност на иста ствар, тој се определува во зависност од времето на стекнување на правото на службеност. Временскиот приоритет на службеностите подразбира дека во случаите кога сите постојни службености не можат во полн обем да се остваруваат на истата ствар, тогаш првенство имаат службеностите кои биле востановени порано во однос на тие кои биле востановени подоцна. Приоритетот на порано стекнатите службености, исто така, подразбира забрана тие да бидат на кој било начин ограничени со подоцна востановени службености³¹. Важно е да се напомене дека Законот за сопственост и други стварни права само за стварните службености децидно пропишува дека „на истиа недвижност“

²⁹ Види: чл. 206 ст. 2, Закон за сопственост и други стварни права...

³⁰ Види: чл. 211, Закон за сопственост и други стварни права...

³¹ Види: чл. 198, Закон за сопственост и други стварни права...

можай да се утврдај њовеке стварни службености различни њо вид.“ (чл. 198 ст. 1).

4. Заштита на правото на службеност

Кога носителот на правото на службеност потполно е оневозможен да го врши стекнатото право на службеност или, пак, е смеќаван во вршењето на правото на службеност (без притоа да биде целосно оневозможен да го врши правото на службеност), тој има право на правна заштита³².

Носителот на правото на службеност може да го штити своето право со соодветно користење на сите облици на заштита што ги познава правниот поредок, односно може да остварува и институционална и вонинституционална заштита.

1. Институционалната заштита на правото на службеност се остварува пред надлежните судови и таа може да биде: а) петиторна заштита, б) посесорна заштита или в) земјишно-книжна заштита.³³ Паралелно со петиторната заштита, носителот на правото на службеност може да истакнува и облигационо-правни побарувања кои произлегле од повредата на правото на службеност во истата постапка (кога е дозволено тоа) или со посебна тужба.

а) Носителот на правото на службеност ја остварува петиторната заштита во парнична постапка со поднесување на т.н. конфесорна тужба (*actio confessoria*). Станува збор за посебен вид тужба предвидена за заштита на правото на службеност. Конфесорната тужба може да се јави во два облика: *конфесорна тужба со која се бара утврдување на њостоене на њравото на службеност* и *конфесорна тужба со која се бара заштита од неосновано смеќавање во вршењето на њравото на службеност*.

– Право да поднесе *конфесорна тужба за утврдување на њравото на службеност* (активна легитимација) има лицето кое има правен основ за стекнување на правото на службеност. Во најголем број случаи со конфесорна тужба за утврдување право на службеност правна заштита бараат носителите на правото на службеност кои го стекнале правото по пат на одржувачка, бидејќи не поседуваат материјализиран правен основ за стекнатото право, а деклараторната пресуда ја обезбедува таа материјализација на правниот основ. Меѓутоа, не е исклучено со конфесорната тужба за утврдување право на службеност да се заштитува и носителот на правото на службеност кој поседува материјализиран правен основ (на пример, договор склучен во писмена форма), ако е доведена во прашање полноважноста на тој основ. Тогаш носителот на правото на службеност (тужителот) има правен интерес да ја поднесе оваа тужба, затоа што со пресудата во негова корист се отстранува секаков сомнеж за полноважноста на правниот основ врз основа на кој е стекнато правото на службеност. Важно е да се напомене дека кога конфесорната тужба за утврду-

³² Поблиску за заштита на граѓанските субјективни права, види: Р. Живковска, Т. Пржеска, *op. cit.*, 421-422.

³³ Види: R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.*, 225 N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 24; И. Бабић, *op. cit.*, 254.

вање право на службеност се поднесува за да се утврди право на стварна службеност, тужителот треба да докаже и дека е носител на правото на сопственост на повластената недвижност поради поврзаноста на правото на стварна службеност со недвижноста, а следствено на тоа и со правото на сопственост на недвижноста. Ако повластената недвижност е во сосопственост или заедничка сопственост, тогаш конфесорната тужба за утврдување на правото на стварна службеност мора да ја поднесат сите сосопственици, односно заедничари заедно (нужно сопарничарство). Нужното сопарничарство овде резултира од начелото на неделивост во вршењето на правото на стварна службеност.³⁴ Пасивно легитимирана страна (тужен) кај конфесорната тужба за утврдување право на службеност е носителот на правото на сопственост на оптоварената (послужната) ствар. Товарот на докажување на правото на сопственост на тужениот е на страната на тужителот, односно тужителот е тој кој треба да докаже дека тужениот е пасивно легитимиран затоа што е носител на правото на сопственост на оптоварената (послужната) ствар. Ако оптоварената (послужната) ствар е во сосопственост или во заедничка сопственост со тужбата, мора да бидат тужени сите сосопственици, односно заедничари заедно, повторно поради начелото на неделивост во вршењето на правото на службеност. Важно е да се напомене дека заштитата на правото на службеност со конфесорната тужба за утврдување право на службеност би била нецелосна доколку со самата тужба тужителот воедно не бара судот да го задолжи тужениот да го трпи правото на службеност, односно да пропушта да ги презема дејствијата кои инаку би можел да ги преземе, ако не би постоело тоа право на службеност. Тоа значи дека тужбеното барање кај конфесорната тужба за утврдување на правото на службеност нема само деклараторна природа, туку содржи и кондемнаторни елементи, т. е. барање да се утврди постоење на правото на службеност (деклараторно барање) и барање да се задолжи тужениот да го почитува утврденото право на службеност (кондемнаторно барање). Конфесорната тужба за утврдување право на службеност е уредена во став 1 на член 204 на Законот за сопственост и други стварни права: *Сойсџвеникој на џривилеџираната ствар може да бара од судот да се утврди, спрема сојсџвеникој на џослужната ствар, џостоење на стварната службеност.*³⁵ Во став 2 од истиот член, Законот за сопственост и други стварни права упатува на соодветна примена на одредбите за заштита на правото на сопственост, т. е. на одредбите со кои се уредени сопственичките тужби. Кога станува збор за соодветна примена на одредбите за заштита на правото на сопственост, сметаме дека кај конфесорната тужба за утврдување право на службеност првенствено може да се применат одредбите од Законот за парничната постапка со кои се уредува тужбата за утврдување.³⁵ На конфесорната тужба соодветно можат да се применат и одредбите од Законот за сопственост

³⁴ Што се однесува до правото на лична службеност, дури и ако го прифатиме ставот дека правото на лична службеност може да се дели по обем помеѓу повеќе лица како соносители на тоа право, конфесорната тужба за утврдување на правото на службеност соносителите на правото на службеност би морале да ја поднесат заедно, затоа што не може да се бара утврдување само на делот од правото кој му припаѓа на определен соносител.

³⁵ Види: чл. 177, Закон за парничната постапка, „Сл. весник на РМ“, бр. 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015.

и други стварни права со кои се уредува тужбата за поврат на стварта.³⁶ Примената на оваа тужба е во контекст на товарот на докажување на постоењето на правото на службеност и на правото на сопственост на повластената и на послужната ствар, а кога станува збор за позитивна службеност,³⁷ и во контекст на обврската за предавање на стварта во владение на тужителот, само што во овој случај ќе се бара предавање на стварта во несопственичко владение. Некои цивилисти сметаат дека на конфесорната тужба за утврдување право на службеност може соодветно да се применат и одредбите со кои се уредува тужбата на претпоставениот сопственик, односно дека со конфесорната тужба за утврдување на правото на службеност тужителот може да бара од судот да утврди дека тој има посилно право на службеност во однос на друго лице³⁸.

Во поглед на тужбата на претпоставениот сопственик, сакаме да укажеме дека таа во Законот за сопственост и други стварни права е уредена во два облика (чл. 160). Првиот облик на тужбата на претпоставениот сопственик е уреден во став 1 на член 160: *„Лицејто кое ѝрибавило индивидуално ојределена ствар врз ѝравна основа и на законий начин, а не знаело и не можело да знае дека не сѝанало сојсѝвеник на сѝварѝа (ѝрејѝосѝавен сојсѝвеник), има ѝраво да бара нејзин ѝоврај и од совесниот држѝтел кај коѝо ѝаа сѝвар се наѝа без ѝравна основа или ѝо ѝослаба основа.“* Цитираната одредба ни покажува дека во својот прв облик тужбата на претпоставениот сопственик е слична на тужбата за поврат на стварта, со таа разлика што претпоставениот сопственик не го докажува правото на сопственост на стварта чиј поврат го бара, туку ја докажува својата совесност, односно дека не знаел ниту можело да знае дека не станал сопственик на стварта. Соодветна примена на оваа одредба кај конфесорната тужба за утврдување на правото на службеност би значело дека тужителот не мора да докажува дека е носител на правото на службеност, туку само да докаже дека бил совесен, односно дека не знаел ниту можел да знае дека не се стекнал со правото на службеност. Ваква заштита би можело да се бара само кај позитивните службености чие остварување е условено од имањето владение на оптоварената (послужната) ствар. Вториот облик на тужбата на претпоставениот сопственик е уреден во став 2 на член 160: *„Коѝа две лица се смеѝаѝи за ѝрејѝосѝавени сојсѝвеници на истѝа сѝвар, ѝосилна ѝравна основа има лицејто кое сѝварѝа ја сѝекнало ѝоварно во однос на лицејто кое сѝварѝа ја сѝекнало бесѝоварно. Ако ѝравниѝе основи на овие лица се со истѝа јачина, ѝрвенсѝиво има лицејто кај кое се наѝа сѝварѝа.“* Од одредбата се гледа дека вториот облик на тужбата на претпоставениот сопственик има цел да разреши настаната колизија на правото на сопственост помеѓу повеќе претпоставени сопственици. Колизија постои бидејќи природата на правото на сопственост не допушта да има повеќе „сопствености“ на истата ствар, што значи дека од повеќето лица кои претендираат да го стекнат правото на сопственост (претпоставените сопственици), сопственик на стварта ќе стане само еден – лицето кое има посилна правна основа да се стекне со правото на сопственост или, ако основите се со иста јачина, лицето кај кое се наоѓа стварта. Соодветната приме-

³⁶ Види: чл. 156, Закон за сопственост и други стварни права...

³⁷ Службеност која се состои од овластување за носителот на правото на службеност да презема дејствија на послужната ствар.

³⁸ Така: N. Gavella, et. al., *op. cit.*, 25; И. Бабић, *op. cit.*, 254.

на на вториот облик од тужбата на претпоставениот сопственик при заштита со конфесорна тужба за утврдување на правото на службеност е мошне ретка, затоа што Законот за сопственост и други стварни права дозволува да има повеќе „службености“ на истата ствар, така што тие права на службеност вообичаено и не се наоѓаат во колизија.³⁹ Кога остварувањето на едно право на службеност е доведено во прашање поради постоењето на друго право на службеност на истата ствар, тогаш спорот се решава согласно со начелото на временски приоритет, односно првенство во остварувањето на правото на службеност има носителот кој правото го стекнал порано, за сметка на носителот кој правото на службеност го стекнал подоцна.⁴⁰ Ако станува збор за претпоставени носители на правото на службеност, во тој случај приоритетот би требало да се утврди во зависност од тоа кое лице прво почнало да го врши правото на службеност, независно од тоа дали правниот основ за стекнување на правото на службеност е даровен или товарен.

– Со конфесорна тужба за заштита од неосновано смеќавање во вршењето на правото на службеност носителот на правото на службеност се заштитува од лицата кои неовластено, т. е. без правен основ го попречуваат во вршењето на правото на службеност. Цивилистите со право забележуваат дека овој облик на конфесорна тужба соодветствува на тужбата за заштита од вознемирување на правото на сопственост (негативна тужба), па затоа е прифатлива соодветна примена на одредбите со кои се уредува негативната сопственичка тужба.⁴¹

Во Законот за сопственост и други стварни права, конфесорната тужба за заштита од неосновано смеќавање на правото на службеност е уредена со член 205: „Ако сојственикот на привилегираната ствар неосновано е смеќаван во вршењето на стварната службеност, тој може со тужба да бара да пресметане тоа смеќавање.“

Право да ја поднесе оваа тужба (активно легитимирана страна – тужител) е носителот на правото на службеност или претпоставениот носител на правото на службеност, ако ја имаме предвид соодветната примена на тужбата за вознемирување на правото на сопственост.⁴² Пасивно легитимирана страна – тужен може да биде секое лице кое на некаков начин неосновано го попречува вршењето на правото на службеност. За да постои смеќавање на правото на службеност, дејствието кое се презема треба да биде неосновано, т. е. да биде преземено без правен основ и спротивно на природата на востановеното право на службеност. По правило, смеќавањето на правото на службеност се врши со позитивни дејствија, а по исклучок смеќавање може да се изврши и со негативно дејствие (на пример, сопственикот на оптоварената (послужната) недвижност одбива да ја исполни својата законска обврска и сразмерно да ги сноси трошоците во поглед на одржувањето на уредот кој е неопходен за остварување

³⁹ Види: чл. 198, ст. 1, Закон за сопственост и други стварни права...

⁴⁰ Види: чл. 198, ст. 3, Закон за сопственост и други стварни права...

⁴¹ Така: И. Бабић, *op. cit.*, 254.

⁴² „Ако во остварувањето на правото на службеност лице го вознемирува сојственикот или претпоставениот сојственик на оруж начин, а не со одземање на стварта, сојственикот, односно претпоставениот сојственик може со тужба да бара да пресметане со тоа вознемирување.“ чл. 161 ст. 1, Закон за сопственост и други стварни права...

на правото на службеност). Смеќавање во вршењето на правото на службеност може да се изврши со фактички или правни дејствија. Фактичко дејствие на смеќавање е секое дејствие со кое неовластено се попречува носителот на правото на службеност во остварувањето на своето право (кога службеноста е позитивна), односно секое дејствие кое означува напуштање на обврската на сопственикот на оптоварената (послужната) ствар да се воздржува од преземање определени дејствија (кога службеноста е негативна). Фактичкото дејствие на смеќавање на позитивната службеност може да го преземе кое било лице, додека фактичкото дејствие на смеќавање на негативната службеност може да го преземе само лицето кое има обврска да се воздржува, а тоа е сопственикот на оптоварената (послужната) ствар. Во овој контекст сакаме да повлечеме дека, кога сопственикот на оптоварената (послужната) ствар ќе допушти друго лице да преземе дејствие на неговата ствар кое нему како сопственик не му е дозволено поради постоење негативна службеност, треба да се смета како тоа фактичко дејствие да го презел лично сопственикот на оптоварената (послужната) ствар. По исклучок, трето лице може со свое фактичко дејствие да изврши смеќавање на негативна службеност ако тоа лице дејствува во својство на работодаводител без налог. Фактичките дејствија на смеќавање на правото на службеност можат да бидат преземени физички (поставување физички пречки, преземање заканувачки конклюдентни дејствија, преземање дејствија спротивни на обврската за воздржување и сл.) или вербално (вербални закани, вербално вознемирување, вербално оспорување на правото на службеност и сл.). Важно е фактичкото дејствие на смеќавање да е доволно сериозно за да создаде објективна пречка, непријатност или да дејствува обесхрабрувачки кон носителот на правото на службеност во насока на попречување во вршење на неговото право. Правни дејствија на смеќавање на правото на службеност се правните дејствија кои ги презема сопственикот на оптоварената (послужната) ствар, а со кои го ограничува вршењето на веќе востановеното право на службеност (на пример, востановување други службености или други права на стварта или преземање други правни дејствија со кои се попречува вршењето на веќе востановеното право на службеност). Иако сопственикот на стварта оптоварена со правото на службеност има право и понатаму да располага со својата ствар по своја волја, со тоа располагање, согласно со Законот за сопственост и други стварни права, не смее да се ограничува постојното право на службеност⁴³. Според тоа, секое располагање на сопственикот на оптоварената ствар со кое се ограничува вршењето на веќе стекнато право на службеност треба да се смета за неосновано и како такво да претставува смеќавање на правото на службеност.

Тужителот (носителот или претпоставениот носител на правото на службеност) со конфесорната тужба за заштита од неосновано смеќавање во вршењето на правото на службеност истакнува кондемпнаторно тужбено барање, т. е. бара судот да му наложи на тужениот да престане со чинот на смеќавање, како и да се воздржи од исто или слично смеќавање на правото на службеност во иднина.

⁴³ „Со утврдување на нова стварна службеност не може да се ограничува постојната стварна службеност“, чл. 198 ст. 2, Закон за сопственост и други стварни права...

Во поглед на петиторната заштита на правото на службеност со конфесорни тужби, сакаме да укажеме дека, независно од фактот што таа е уредена во делот на Законот за сопственост и други стварни права во кој се уредуваат стварните службености, сосема е оправдано со конфесорните тужби на соодветен начин да се заштити и личните службености. Укажуваме на потребата од соодветна примена на овие тужби и за личните службености имајќи го предвид фактот дека во делот на Законот во кој се уредуваат личните службености не се содржани одредби за заштита на правото на лична службеност.

б) Со посесорните тужби се остварува посредна заштита на правото на службеност, преку заштита на владението кое го има носителот на правото на службеност на оптоварената (послужна) ствар. Ова владение по својата природа е несопственичко, т. е. несамостојно владение.

Согласно со Законот за сопственост и други стварни права, правна заштита ужива секое владение⁴⁴. Правната заштита на владението опфаќа заштита од смеќавање и од одземање на владението и се остварува пред судовите во посебна постапка за заштита на владението⁴⁵. Тужбата за заштита на владението може да се поднесе во рок од 30 дена од денот кога владетелот дознал за смеќавањето или одземањето на владението (субјективен рок), а најдоцна во рок од 1 година од денот смеќавањето или одземањето на владението (објективен рок). Конкретно, кога станува збор за заштита на владението кое го има носителот на правото на службеност, сакаме да укажеме дека владетелска заштита се остварува кај т.н. позитивни службености, бидејќи нивното вршење е условено од имањето фактичка власт на послужната ствар. Владетелска заштита не може да се остварува кај т.н. негативни службености. Активно легитимирана страна за поднесување владетелска тужба е носителот на правото на службеност. Кај стварните службености, владетелска заштита може да остварува и лицето кое не е носител на правото на службеност, но фактички ја извршува содржината на правото на стварна службеност. Тоа произлегува од фактот што Законот за сопственост и други стварни права признава постоење владение на право, а под владение на право подразбира вршење право на стварна службеност (чл. 170), што значи дека Законот му го признава статусот на владетел и на лицето кое фактички извршува содржина на право на стварна службеност. Ова не важи за лицето кое фактички ја извршува содржината на правото на лична службеност (на пример, лице на кое плодот живателот му го препуштил собирањето на плодовите од послужната ствар). Тоа лице нема статус на владетел во смисла на одредбите на Законот за сопственост и други стварни права и, според тоа, не ужива владетелска заштита.

в) Земјишно-книжната заштита на правото на службеност се остварува преку тужбите уредени во Законот за катастар на недвижности⁴⁶, а тоа се тужбата за утврдување основаност на пријавата за запишување (чл. 237) и тужбата

⁴⁴ „Без оглед на тоа какво е владението, никој нема право неовластено да го смеќава или одзема и штогаи кога смета дека има појакво право на владение.“, чл. 181 ст. 1, Закон за сопственост и други стварни права...

⁴⁵ Види: чл. 182–188, Закон за сопственост и други стварни права и чл. 410–416, Закон за парничната постапка...

⁴⁶ „Сл. весник на РМ“, бр. 41/2014, 101/2014, 115/2014, 116/2015, 153/2015, 192/2015, 61/2016, 172/2016, 64/2018 и „Сл. весник на РСМ“, бр. 124/2019.

за бришење (чл. 238). Тужбите се поднесуваат до Управниот суд кој е надлежен да постапува по тужбите на физичките и правните лица против акти на јавните органи (државни органи и други органи со јавни овластувања)⁴⁷.

– Носителот на правото на службеност може да ја поднесе тужбата за утврдување основаност на пријавата за запишување во катастарот на недвижности во случаите кога Агенцијата за катастар на недвижности со потврда одбила да изврши укнижување на правото на службеност во катастарот на недвижности или со потврда одбила да ја исправи направената грешка при укнижувањето на правото на службеност. Рокот за поднесување на тужбата изнесува 15 дена и почнува да тече од денот кога подносителот на пријавата (носителот на правото на службеност) ја примил потврдата со која му се одбива бараното запишување.

– Тужба за бришење може да поднесе носителот на правото на службеност чие право било укнижено во катастарот на недвижности, ако со некој подоцнежен упис се повредува веќе запишаното право на службеност. Рокот за поднесување на оваа тужба е три години и почнува да тече од денот кога бил извршен уписот со кој се повредува правото на службеност.

2. Вонинституционална заштита на правото на службеност е самозаштитата. Носителот на правото на службеност може да го заштитува своето право по пат на самозаштита ако се исполнети три претпоставки: опасноста од повреда на правото на службеност да е непосредна, самопомошта да е нужна, т. е. со оглед на приликите да не постои друг поефикасен начин на заштита и дејствието на самозаштита да е пропорционално во однос на опасноста која се заканува⁴⁸.

5. Заклучок

Трудот поаѓа од современото поимање на правото на службеност како стварно право на туѓа ствар кое спаѓа во групата на т.н. други стварни права. При анализа на содржината на правото на службеност, се заклучува дека таа се состои од овластување да се користи туѓата ствар во определен обем и на определен начин.

Правото на службеност како едно од најстарите познати стварни права, т.н. традиционални стварни права, во трудот се анализира од историски, позитивноправен и споредбеноправен аспект.

Историската анализа покажува дека службеностите се појавиле во периодот на римското право како резултат на реалните потреби во секојдневниот живот за користење на туѓите ствари со цел да се обезбеди поекономично и поефикасно искористување на сопствените ствари или користење на туѓите ствари заради задоволување на сопствените потреби. Службеностите во римското право биле третираны како ограничување на правото на сопственост на едно лице во корист на друго лице (*ius in re aliena*) и, во зависност од нивната природа, биле класифицирани на стварни службености (*servitutes rerum*) и лични службености (*servitutes personarum*).

⁴⁷ Види: чл. 2, Закон за управни спорови, „Сл. весник на РСМ“, бр. 96/2019.

⁴⁸ Поблиску за самозаштитата на граѓанските субјективни права кај: Р. Живковска, Т. Пржеска, *op. cit.*, 442–446.

Позитивноправната анализа покажува дека во современите правни системи правото на службеност го задржало своето место во рамките на стварноправната регулатива како стварно субјективно право. Современите правни системи, во зависност од тоа дали правото на службеност се востановува заради потребите на определена недвижност или, пак, за потребите на определено лице, службеностите ги класифицираат во две категории: стварни службености и лични службености. Стварните службености се во функција на поекономично и порационално искористување на недвижностите, а личните службености имаат цел да ги задоволат економските и личните потреби на лицето кое е носител на правото на лична службеност.

Споредбената анализа на правната уреденост на правото на службеност ни покажува дека во правото на европските земји се уредуваат двата вида службености – стварните и личните. Преку споредбената анализа во трудот се покажува дека современите правни системи извршиле одредени модификации на институтот службеност со кои отстапиле од концептот на правото на службеност кој постоел во римското право. Во некои правни системи се отстапува од римскиот концепт на службеноста како право на туѓа ствар и се дозволува востановување право на службеност на своја ствар. Исто така, споредбената анализа покажа дека некои правни системи уредуваат и посебен вид службености кои се комбинација од карактеристиките на стварните и личните службености.

При анализа на вршењето на правото на службеност, во трудот се поаѓа од најопштата дефиниција за вршење на правото како остварување на неговата содржината на начин и во обем во кој тоа е востановено. Поблиската анализа на вршењето на правото на службеност покажува дека тоа се базира на неколку основни начела: а) службеноста се врши на туѓа ствар, односно на право што му припаѓа на друго лице, б) службеноста е непренослива, в) службеноста е неделива, г) службеноста се врши рестриктивно, д) службеноста не опфаќа позитивни обврски за сопственикот на оптоварената ствар (начело на пасивност), е) службеноста мора да има разумна цел (начело на корисност) и е) приоритет во вршење на службеностите.

Трудот ја претставува и заштитата на правото на службеност како овластување кое му припаѓа на носителот на правото во случаите кога тој е потполно оневозможен да го врши стекнатото право на службеност или, пак, е смеќаван во вршењето на правото на службеност. Од трудот се гледа дека носителот на правото на службеност може да го штити своето право во рамките на институциите, односно да остварува институционална заштита која опфаќа: а) петиторна заштита, б) посесорна заштита и в) земјишно-книжна заштита. Исто така, носителот на правото на службеност може да остварува и т.н. во-нинституционална заштита, т. е. може да го заштитува своето право по пат на самозаштита.

EXERCISING THE RIGHT OF SERVITUDE AND ITS PROTECTION

(Summary)

The paper analyzes the right of servitude as a real right (right in rem). The analysis is based on the premise that the right of servitude is a real right that encumbers a thing owned by another and as such it empowers its holder to use the encumbered thing or to ask of the owner of the encumbered thing to refrain from undertaking actions that he or she would otherwise been able to undertake, haven't there been a right of servitude. The paper elaborates the evolution of the right of servitude in order to demonstrate the characteristics that this legal institute has kept from its emergence in the period of the Roman law until contemporary legal systems, and also to demonstrate the novelties that contemporary laws have attributed to the institute in order to accommodate it to the needs of modern life. Further on, the paper analyzes the exercise of the right of servitude shedding light on how it is dependent on its nature and characteristics. Alongside the subject of exercise of the right of servitude the paper also elaborates on the subject of protection of the right of servitude in the frames of the state's institutions (petitory, possessory and land law protection) and beyond, i.e., the self-protection of the right of servitude.

Key words: right of servitude, property law, civil law protection.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Бабић И., *Грађанско право, Књига 2, Службено право*, Београд • Нови Сад, 2012;
2. Живковска Р., *Службено право*, Европа 92, Скопје, 2005;
3. Живковска Р., Пржеска Т., *Грађанско право, Ойшии дел*, Европа 92, Скопје, 2021;
4. Стојановић Д., *Службено право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 1998;
5. Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z., *Stvarno pravo, Svezak drugi, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne Novine d.d., Zagreb, 2007;
6. Kovačević Kuštrimović R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Zograf, Niš, 2004;
7. Kranli Bajram E., *Special Features of Roman Servitudes*, Iustinianus Primus Law Review, Volume 9 Issue 2 Year 2018, < 8.-Special-Features-Esin.doc (live.com)>;
8. Mousourakis G., *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012;
9. Mousourakis G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer International Publishing Switzerland, 2015;
10. Rašović Z. P., *Stvarno pravo*, Београд, 2005;
11. Riggsby A. M., *Roman Law and the Legal World of the Romans*, Cambridge University Press, 2010;
12. Shaffer Van Houweling M., *The New Servitudes*, The Georgetown Law Journal, Vol. 96:885, 2008;

13. Tuccillo F., *Algunas notas sobre las servidumbres prediales en la tradición romanística y en las modernas codificaciones*, Ridrom, Derecho Romano, Tradición Romanística y Ciencias Histórico-Jurídicas, Octubre – 2017;
14. Закон за катастар на недвижности, „Сл. весник на РМ“, бр. 41/2014, 101/2014, 115/2014, 116/2015, 153/2015, 192/2015, 61/2016, 172/2016, 64/2018 и Сл. весник на РСМ, бр. 124/2019;
15. Закон за парничната постапка, „Сл. весник на РМ“, бр. 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015;
16. Закон за сопственост и други стварни права, „Сл. весник на РМ“, бр. 18/01, 92/08, 139/09 и 35/10;
17. Закон за управни спорови, „Сл. весник на РСМ“, бр. 96/2019;
18. Bürgerliches Gesetzbuch – BGB;
19. Code Civil;
20. Schweizerisches Zivilgesetzbuch – ZGB;
21. Stvarnopravni zakonik, Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 и 23/20;
22. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne Novine 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 и 152/14.

Д-р Димитар Гелев, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

НЕЛОГИЧНОТО РЕГУЛИРАЊЕ НА ЗДРАВСТВЕНАТА ДЕЈНОСТ И НА ДРУГИТЕ СЛОБОДНИ ПРОФЕСИИ ВО ДОМАШНОТО ПРАВО

331.54:347.72(497.7)
614.253.2:331.54(497.7)
изворна научна статија

Текстот го разгледува регулирањето на слободните или регулираните професии во Македонија, со следење на примерот на лекарите или „здравствените работници“ и изведува заклучок за нивната целосно нелогична регулација, што не соодветствува на какво било цивилизирано регулирање на овие дејности.

Клучни зборови: слободни професии, регулирани професии, лекари, адвокати, професори.

1. Што се „слободните професии“ и на каков начин се регулирани во земјата

Законот за трговските друштва¹ е основниот закон во земјата што го прави разграничувањето помеѓу „граѓаните“ и „трговците“. По наведувањето на тоа кои се дејности се сметаат за трговски (член 4 од ЗТД, во кој се наведени „задолжителните“ или „облигаторните“ трговци“), во член 8 од Законот се наведени лицата кои не се сметаат за „трговци“, туку за **обични „граѓани“ на кои се применуваат правилата на граѓанското право**, но кои „ако сакаат и ако тоа е дозволено со посебните прописи со кои е регулирана нивната дејност“, може да се регистрираат како трговци. Ова беше оригиналната одредба на ЗТД со која се регулираа т.н. **опциони трговци или трговци по избор**. Иако поради неразбирањето на целата концепција, со подоцнежните измени на Законот за трговските друштва оваа одредба донекаде е нагрдна, сепак, нејзиниот

¹ Закон за трговски друштва, „Службен весник на РМ“, број “ бр. 28/2004; 84/2005; 25/2007; 87/2008; 42/2010; 48/2010; 24/2011; 166/2012; 70/2013; 119/2013; 120/2013; 187/2013; 38/2014; 41/2014; 138/2014; 88/2015; 192/2015, 6/2016 и 61/2016). Одлуки на Уставниот суд на Република Македонија У. бр. 177/2005 од 24 мај 2006 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 71/2006; У. бр. 177/2008 од 14 јануари 2009 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 17/2009; У. бр. 153/2008 од 11 февруари 2009 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 23/2009; У. бр. 75/2010 од 12 јануари 2011 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 8/2011 и У. бр. 169/2010 од 9 февруари 2011 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 21/2011).

текст сè уште стои во член 8 од Законот за трговските друштва. Под оваа ставка на „граѓани“ на кои во некои околности им се дозволува по сопствен избор и „ако е тоа дозволено со посебните прописи со кои се регулира нивната дејност“ да станат трговци, Законот за трговските друштва ги наведува земјоделците, шумарите, занаетчиите, **слободните професии** и лицата кои изнајмуваат простории во сопствените живеалишта. **Тоа што е битно во дадениот контекст е фактот дека припадниците на слободните професии се третираат како „граѓани“ и дека тие потпаѓаат под општиот режим за граѓаните и дека нивните здруженија потпаѓаат под режимот на граѓанското право.**

Иако кај нас не постои некоја сеопфатна листа на „слободни професии“, овде ја наведувам листата наведена во германскиот Закон за ортачките друштва на слободните професии,² што во една или во друга верзија ја среќаваме во сите цивилизирани европски држави. Така, овој закон под „слободни професии“ подразбира: **лекари, стоматолози, ветеринари, немедицински практичари, психотерапевти, бабици, медицински сестри, масажери – терапевти, психолози, адвокати, патентни агенти (застапници), сметководители, ревизори, даночни советници (консултанти), екномски и трговски (деловни) советници, даночни застапници (агенти), инженери, архитекти, геодети, хемичари, пилоти, професионални независни експерти, новинари, новинари-фотографи, преведувачи, тумачи и слични професии, глумци, писатели, универзитетски професори, учители, наставници и лица што се занимаваат со образование (таму каде што е дозволено тоа да се прави приватно).** Оваа листа на слободни професии ја имале предвид и лицата кои ја составувале првата верзија на Законот за трговски друштва кај нас.

Бидејќи сите овие лица се сметаат за „граѓани“, нивните здруженија, ако професијата ја вршат двајца или повеќе припадници на некоја слободна професија, обично се регулираат според прописите за граѓанско друштво или според некој посебен закон за тоа, каков што е горенаведениот германски Закон за ортачките друштва на припадниците на слободните професии.

Образованието на припадниците на слободните професии се регулира со систем што постои секаде во Европа и тој е преземен од древниот Египет, накусо претставен како: чирак, калфа, мајстор (и тоа трае 4.000 години). И ние како професори го следиме тој систем (асистент, доцент, вонреден и редовен професор).

Исто како што школите за занаети ги обучуваат идните занаетчии, сите факултети на светот обучуваат некој кадар кој по завршувањето на факултетот треба да помине некоја задолжителна пракса (една или две години), по што лицето полага некој професионален испит (правосуден испит, испит за сметководители, лекарски, за разните видови инженери итн.) по што стекнува лиценца (дозвола) за вршење на професијата и задолжително треба да стане член на некоја комора (цех или гилда). Дури во тој момент, кога ќе го помине тој посебен професионален испит, по задолжителната пракса, тоа лице станува член на „слободната или регулираната професија“ и влегува на пазарот на трудот. Што значи дека студентот на правен факултет, медицина, фармација

² Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe, 22.12.2015, <https://www.gesetze-im-internet.de/partgg/index.html>

итн. не е припадник на „слободна или регулирана професија“, туку студент, а припадник на професијата станува дури по полагањето на посебниот испит по претходната професионална обука и зачленувањето во некоја комора (то ест со стекнувањето на лиценцата). Сите или речиси сите **слободни професии** на светот се „регулирани професии“, затоа што на нив се применуваат **некои посебни професионални правила** и комората во која се зачленети носи **посебен тарифник за нивните услуги, што е задолжителен за сите**. Секаде во светот под **регулирана индустрија** се подразбира индустрија **чии цени на производите или услугите се регулирани од некого**. На пример, кај нас има разни регулаторни комисии чија основна задача е да регулираат некои **правила на однесување** и во основа **цената на услугата или производот** во некоја конкретна регулирана индустрија. **Слободните професии се викаат „регулирани професии“ кога нивната комора носи тарифник што ги обврзува сите и професионални правила што ги обврзуваат сите**. Која услуга ја наплаќа студентот на медицина или фармација и според кој тарифник за да се смета за регулирана професија?

Во нашиот Закон за високото образование³ под таа ставка „регулирани професии“ сосема погрешно се запишани само Медицинскиот и Фармацевтскиот факултет, што е системско неразбирање на проблемот.

Исто како што еден правник, по завршувањето на факултетот, оди на пракса од една или две години, по што полага правосуден испит, стекнува лиценца, се зачленува во соодветната комора и може да ја врши својата професија, тоа е така или треба да биде така со сите факултети на светот.

Архитектот завршува факултет, оди на пракса, полага испит, се зачленува во комора и отвора биро во кое ја врши својата професија. Истото ова е за сите видови инженери (градежни, електро, шумарски, земјоделски, сообраќајни, хемиски итн.), сметководители, ревизори, **лекари**, ветеринари, фармацевти итн. Сите тие лица се водат како **самовработени лица и не потпаѓаат под категоријата „вработен“**, ниту под категоријата „трговец“, туку имаат статус на **обичен граѓанин што ја врши својата слободна или регулирана професија**. Тоа не значи дека тие не може да изберат да се вработат како „работници“ во некоја фирма, дека не може да станат „државни службеници“ или да станат „трговци“. Но, тоа нема врска со основниот факт дека на факултетите се обучуваат за припадници на нивната „слободна професија“.

Во суштина, ова е основата на секој факултет, **да создаде лице кое е способно да се „самовработи“ и слободно да ја врши својата професија**. Кај нас тоа е регулирано со член 8 од Законот за трговски друштва, што е базичен закон што ја врши поделбата помеѓу „граѓаните“ и „трговците“. Секој завршен студент, на сите факултети, и на УКИМ и во светот, треба да биде во можност, по полагањето на професионалниот испит и зачленувањето во соодветната комора, **сосема слободно да ја врши својата професија**.

Како паралела: дали правникот кој положил правосуден испит и отворил адвокатска канцеларија пишува со перо од гуска или со мастило, куќачука на машина за пишување или на компјутер со помош на најсовремени софтвери е сосема небитно. Тоа што тој го прави е што го изнајмува своето **знаење и**

³ Закон за високото образование, „Службен весник на РМ“, број 82 од 8.5.2018 г.

умење и своето **должно внимание**. Дали тоа го прави сам или заедно со други адвокати во некоја организациска форма, дали неговата канцеларија наликува на шупа или е велелепно здание со многу катови, исто така, е небитно. **Тоа што е битно е дали знае и умее и дали постапува со должното внимание**. На сосема ист начин, по завршувањето на факултетот, по задолжително пропишаната пракса и полагањето на лекарскиот испит, секој лекар треба да се зачлени во лекарската комора, да добие лиценца (дозвола) за работа и би требало сосема слободно да може да отвори сопствена ординација. Дали ќе го прави тоа без никаков прибор и помагала, само со стетоскоп (слушалки) и апарат за мерење притисок или со многу апарати и технички помагала, дали ќе го прави тоа во ординација што наликува на шупа или во велелепно здание со многу катови, дали ќе го прави тоа сам или заедно со други припадници на неговата или на некои други професии, исто така, е небитно. Дали пациентите ќе ги третира без да ги задржува на болничко лекување (во кревет) или со тоа, од аспект на професијата, исто така, е работа на правилата на професијата и е небитно за нејзината суштина. Дали ќе биде општ лекар, специјалист, супспецијалист итн. повторно е работа на правилата на професијата и повторно е небитно за нејзината суштина. **Тоа што е битно и овде е дали знае и умее и дали постапува со должното внимание**. Тоа што е наведено за овие две професии се однесува на сите слободни или регулирани професии, без исклучок. Сите факултети на светот постојат за тоа: да создадат лице кое по исполнувањето на некои натамошни услови, ќе може слободно да ја врши својата избрана професија. Само или заедно со други, исто така, е небитно.

Во тој поглед, од правен аспект, слободните професии се слични на занаетите. Единствената разлика е што кај занаетите, освен знаењето и умењето и должното внимание, се бара и **резултат**. Електричар, водоводчија, лице кое мести гипсени картони, бравар, дреар, заварувач, брусач, автомеханичар итн. нема да добие надомест ако работата што требало да ја заврши не произвела резултат. Електричарот можел да изгуби два месеца во обид да поправи некоја машина за миење садови или за перење алишта и да потроши пари за тоа, но ако на крајот машината не работи или не работи како што треба, клиентот не е должен да му плати за изгубеното време и средства, затоа што немало резултат. **Кај слободните професии не се бара резултат**. Адвокатот ќе наплати според тарифник, дури и кога неговиот клиент го изгубил спорот. Лекарот ќе наплати според тарифникот, дури и кога пациентот умрел или останал сакат или со нарушено здравје. Слободните професии се ослободуваат од одговорноста само ако докажат дека направиле сè што било во рамките на правилата на нивното знаење и умење, колку што било можно во границите на тоа што е познато во светот и ако постапувале со должното внимание, но не одговараат за резултатот.

Тоа била основната концепција за регулацијата на слободните професии утврдена со член 8 од Законот за трговските друштва, по примерот на сите цивилизирани земји во Европа и во светот.

Поради неподготвеноста на домашните фондови за здравствено, пензиско итн. осигурување во почетокот на 1990-тите години да разберат дека **може да се осигури секое лице, а не само лицето што се води како вработен (работник)**, домашните закони во однос на слободните професии отидоа во

целосно нелогична насока. Тие бараа од слободните професии да се водат како „работници“, а подоцна како „трговци“, што е нешто што не постои никаде во Европа. Тоа беше барано дури и од уметниците, сликарите, писателите итн. Дури некаде е воведена смешна употреба на поими од јавно право, што се врзани за организација на државната управа, па на тие лица им се наложувааше да се регистрираат како „установи“. Тоа, на пример, денес го гледаме во Законот за култура, Законот за здравствена заштита, Законот за фармација итн. **Не постои „приватна установа“ никаде во светот. Тоа е поим исклучиво врзан за организацијата на државната управа. Накусо, проблемот со осигурувањето доведе до целосна хаотичност во регулирањето на слободните професии. На ова сум жив сведок.**

За разлика од денеска, кога по појавата на приватните инвестициски фондови што вршат пензиско и здравствено осигурување (или сето тоа затскриено под плаштот на животното осигурување) или по појавата на т.н. втори и трети столбови за пензиското осигурување, луѓето постепено можат да разберат дека секој може да се осигури и без да има статус на „вработен“ и дека сето тоа е слично на различните видови осигурување на моторни возила, таа концепција никако не можеше да им биде објаснета на домашните релевантни фактори во почетокот на 1990-тите години, кои со потсмев гледаа на нашите појаснувања како треба да функционира еден пензиски или здравствен фонд. Никој од нив не можеше да разбере како е можно здравствено или пензиско осигурување на некој што не се води под ставката „работник“.

Ехото на тие идеи го гледаме и денеска, кога разните политички партии во предизборните кампањи ветуваат пензиско и здравствено осигурување за земјоделците, невработените и за кого ли уште не, без тоа да го врзат за некое нивно плаќање на осигурување, туку како „дар од буџетот“, како парите во буџетот да врат од небо.

Точно тој проблем доведе до хаотична законска регулација на слободните професии. Некои од нив се принудно законски натерани да се регистрираат како „трговци“ (на пример, сметководителите, архитектите, геодети, па дури и глумците и слично) или поради неразбирањето на нивниот статус, одвреме-навреме (кога буџетот е празен), се појавуваат идеите тие лица да плаќале ДДВ и да станеле „ДДВ-обврзници“. Адвокатите издаваат „фискални сметки“ (така карактеристично за трговците). За разлика од овие слободни професии, лекарите и фармацевтите (што се најдиректно поврзани со Фондот за здравствено осигурување, во врска со плаќањето на нивните услуги) отидоа во целосно спротивна насока и нивната слободна професија беше подведена под неверојатниот термин „установа“, што е ексклузивно врзана за државната организација и за јавното право, што ќе биде појаснето подоцна. Да биде работата уште посмешна, од индивидуалните лекари се бара да основаат „установи“ за да може да почнат со вршење на нивната професија. Така, за разлика од „дерегулацијата“ на голем број индустрии што порано претставувале класичен државен монопол (електрична енергија, гас, цигари, телекомуникации, радиодифузери итн), државата поради сопственото незнаење го руинираше изворно создадениот систем на „саморегулација“ преку професионалните комори на раличните слободни или „регулирани“ професии. Сè почести се упадите на државата и на нејзините министерства во класичните

ингеренции на тие комори. На пример, Министерството за правда смета дека има поголемо знаење од „професијата“ во врска со спроведувањето на правосудниот испит, па дури и министрите делат уверенија за положен правосуден испит на посебни церемонии. Истото ова го гледаме и во Законот за здравствена заштита во кој Министерството за здравство дели некакви лиценци и спроведува некакви испити, меѓу кои и еден смешен испит за „директор на установа“. Што е разликата помеѓу лиценцата што треба да им ја издаде на лекарите нивната Лекарска комора и лиценцата што ја издава Министерството за здравство? Ова се само два примера во морето неверојатни законски решенија што се среќаваат во прописите со кои се регулираат одделните професии.

Денешните закони со кои се регулира работењето на архитектите, сметководителите, лекарите, ветеринарите и сите други професии заради кои постојат и сите факултети во нашата земја се хаотични. Ги тераат луѓето да се регистрираат како трговци или ги вклапуваат во смешната категорија **„приватна установа“, што не постои никаде во светот**. Тие закони се проблем, и тие не се еден или два закона, туку се многу, и претставуваат остаток на комунизмот во земјата. Овие прописи се главната кочница за нефункционалноста на тој пазар. Особено тие прописи се главната кочница за развојот на здравствената дејност во земјата.

2. Што претставува поимот „установа“ и дали воопшто постојат „приватни установи“ во светот

Организацијата на државната управа е специфична за секоја земја, но, сепак, постојат некои правила што барем на европскиот континент се слични и, главно, регулирани со прописи што кај нас се изучуваат како управно или административно право. Кај организацијата на класичната државна управа секаде среќаваме министерства, бироа, канцеларии, оддели итн. Таа организација е едноставна: една маса или биро на кое седи некој чиновник кој по закон има некои надлежности во рамките на некое министерство се нарекува биро. Денес „бироата“ може да имаат и десетици илјади чиновници, но поради **принципот на хиерархија** само шефот на бирото е тој „што се брои“. На пример, американскиот ФБИ е „биро“ во состав на нивното Министерство за правда, но како и нашето Јавно обвинителство има само еден јавен обвинител кој стои на чело на целата хиерархија.⁴ Сите други се „заменици“ на тој чиновник. Две или повеќе бироа во една канцеларија се викаат „канцеларија“, што има различни надлежности што им се дадени со закон на разните бироа. Еден ходник со поголем број „канцеларии“ прави „оддел“ или „оделение“ итн. Сето тоа е материја што е дефинирана пред два-три века и навистина е срамотно да се „истражува“ денес во XXI век.

⁴ Неразбирањето на оваа концепција, а и некои домашни прилики во однос на поимањето на начинот на функционирање на „правната држава“ доведуваат до неверојатно чудни идеи, како што е, на пример, идејата „јавниот обвинител да го избира опозицијата“ или „дека секој обвинител бил независен“. На ваков начин, „лекот“ што се „препишува“ за решавање на некои домашни проблеми креира уште поголеми проблеми во функционирањето на државата.

Од друга страна, некои јавни служби со законски дефинирана јавна функција, што имаат некои посспецифични карактеристики, а што од некои причини државата сакала да ги врши сама, можат да се вршат во вид на режија, установа, јавно претпријатие, трговско друштво или со концесија (или лиценца или франшиза, зависно од системот). Обично тоа е поврзано со вршењето на некои дејности во областа на образованието, науката, културата, здравството, социјалната заштита, детската заштита, инвалидската заштита, различните трговски дејности, природните богатства, монополите итн.

Режијата претставува посебна целина што врши некоја јавна служба (услуга), но **што нема својство на правно лице** и директно се управува од страна на некое министерство. Лицата кои работат во таквата „организациска целина“ имаат **статус на државни службеници** и на нив се применуваат сите правила за државната служба (правила на јавното право). Порано, голем број од денешните нормални трговски дејности се воделе како режија. Обично, порано, сите државни службеници имале т.н. кодекс на облекување и изглед. Слично на познатите Правила на службата (ПС) во војската или во полицијата. Со тие правила се утврдувало каква униформа се носи, која е пропишаната должина на косата и на бакенбардите (зулуфите), дали може да се превитка ракавот на кошулата кога е топло или не може итн. Тие правила од тоа време денеска ги гледаме во униформите на шоферите и кондуктерите во јавниот превоз, во униформите на стујардесите и пилотите, во униформите на пожарникарите, војската, полицијата, во сините, кафеавите или црвените мантили на работниците во фабриките (затоа што во комунизмот и тие беа државни), ученичките униформи на учениците, па конечно и во белите мантили на докторите. Но, тоа било пред два-три века. Тоа што тие униформи се задржале и денеска од практични или традиционални цели е друга работа.

За дејностите што барале **поголема автономија**, државата утврдила постоење на т.н. **установи** (etablissement public) или според германската терминологија „**правни лица од јавното право**“. Установите имаат **својство на правно лице**, имаат **поголем степен на автономија во однос на министерствата и сопствени правила** (на кои министерствата само даваат согласност). На нив се применуваат **правилата на јавното право** и лицата кои таму работат се сметаат за **државни службеници**, иако со актот за основање може да се предвиди и нешто друго. На пример, смешно би било лицата вработени во некоја опера, балет, научен институт да носат униформи и да одат на работа „од 7 до 3“. Тоа била логиката кога се „измислени“ установите. Обично, конститутивниот акт на установата се носи со закон или по законско овластување од страна на владата или од страна на некое министерство или ако установата бара поголема автономија за да може нормално да функционира, на установата ѝ се дава **самоуправа**. Таа самата го носи својот конститутивен акт на кој парламентот, владата или некое министерство само даваат согласност. Тоа е, на пример, случај со сите државни универзитети, што оригинално не се развиле од државна служба, туку по аналогија на **општините (локални самоуправи)**. На пример, секој ректор и проректор носи т.н. инсигнии (ланец околу вратот) што го имаат сите градоначалници во која било земја од Западна Европа и што се носат во некои свечени прилики. Исто така, постои правило за барање дозвола од полицијата кога сака да влезе на „територијата“ на кампусот (општината),

што води потекло од времето кога немало државни инспекции (туку таа работа ја вршеле самите цехови или гилди, то ест денешните професионални и трговски комори) и улогата на државната полиција била незначителна, сведена на ноќен чувар на државниот имот. Но, таа „привилегија“ од тоа време како традиција на „неповредливост на универзитетот“ (то ест на неговата „територија“, што порано ја имале сите општини) сè уште постои кај сите универзитети во светот. Затоа универзитетите своите правила по прво ги развиле по аналогија на црковните правила и правилата за локалната самоуправа, а не од класичната државна служба, иако подоцна попримиле нешто и од тоа.

Обично во самиот статут што се носи за државната установа се наведува **статусот на лицата кои работат во неа**. Во најголемиот дел тие се државни службеници, иако самиот статут може да утврди дека тие ќе се водат според класичниот договор за работа од трудовото законодавство или на некој друг начин. Притоа, за разлика од германската традиција (што, главно, ја следиме и ние, затоа што сите правници од првата Југославија, 1918 година, биле студенти од Виена), што сите овие различни државни организациски форми ги подведува под ставката **„правно лице од јавното право“**, француската теорија прави разни дистинкции помеѓу формите на државните установи: *établissements publics administratifs* (установи со административен карактер што потпаѓаат под јавното право), *établissements publics a caractere industriel ou commercial* (установи со индустриски или трговски карактер – наши **јавни претпријатија**, што потпаѓаат под правилата на **приватното право**), *établissements d'utilite public* (гас, вода, струја итн.), *établissement d'enseignement* (што се јавни установи од административен карактер и најчесто под оваа ставка се организираат средните училишта) итн. Оваа класификација во франкофонските земји е прилично бројна и сложена и неспецифична за нашата правна традиција.

Државата, исто така, може да основа **трговски друштва** или **јавната служба да ја даде на приватно физичко или правно лице со концесија** (или лиценца според германскиот систем). И тоа е сè.

Во германското право и според нашата традиција, **договорите што ги склучува државата и договорите што ги склучуваат граѓаните и трговците**, главно, се регулираат со **правилата на приватното право** (на пример, кај нас Законот за облигационите односи и слично). Кај нас не постои посебен купопродајбен договор, договор за закуп, договор за градење, договор за дело итн. за граѓаните и трговците и сосема поинакви такви договори ако едната од странките во договорот е некоја јавна власт. За разлика од тоа, во Франција, договорите од облигационото право се однесуваат само на „граѓаните“ и „трговците“, а со нивните закони се развиени посебни правила за т.н. **управни договори**, што се карактеристични за јавната власт. По примерот на Франција, кај нас бил направен еден смешно неуспешен обид за воведување на т.н. управни договори со три-четири члена во Законот за општата управна постапка и по некои други закони, што од правна гледна точка не заслужуваат никакво сериозно разгледување. Ако нешто во Франција е регулирано со посебни законици, сето тоа да го преточите во три или четири члена во некој закон или само да го споменете терминот, на пример во Законот за установи, е повеќе од смешно.

Натамошниот хаос во материјата на домашното административно или управно право е направен во поглед на **лицата „кои работат“ во државните**

установи. Во државната управа постои **начелото на хиерархија** и на **постепено напредување во службата** (кај нас хаотично прикажано под англицизираниот термин „мерит систем“, што во пракса во превод значи кој повеќе заслужил пред партијата што го назначила). Според тој систем на постепено напредување кај **државните службеници**, се наведуваат **позициите А1, А2, А3, Б1, Б2, Б3** итн. што имаат рефлексива и врз буџетот на земјата.⁵ За ралика од нив, лицата кои во државната администрација се примени со **договор за работа од класичното трудово право** (хигиеничари, домаќини, хаусмајстори, возачи, лица кои го одржуваат тревникот, секретарки, лица за обезбедување, чувари итн.), **учебнички или во теорија** се наведуваат како „**јавни службеници**“, за да се каже дека иако се водат под класичен договор за работа, сепак, треба да бидат земени предвид како трошоци за буџетот. Но, никаде на белиот свет не постои закон за јавните службеници⁶ во кои тие се наведуваат под категории А1, А2, Б1, Б2 итн. Во која хиерархија напредува една хигиеничарка или еден хаусмајстор? Но, точно, тоа е направено кај нас и со донесувањето на наведениот закон само е направен уште поголем хаос во материјата на административното право.

Исто така, со оглед на фактот што сите јавни установи се исклучиво во сферата на државната управа, **никаде во светот не постојат т.н. приватни установи или мешовити установи**. Тоа е непознат термин во светски рамки. Но, тие две категории постојат во домашниот Закон за установите.⁷

Само како аналогија. На ниво на Организацијата на обединетите нации постои посебна комисија што се занимава со регулирање или унификација на разни прашања од трговското право (УНЦИТРАЛ). Зависно од периодите, таа инсистирала на некои правила за „заеднички вложувања“ (joint ventures) или за јавно-приватно партнерство (public-private partnership). Која е смислата на тие документи? Кога во поранешната Југославија доаѓаше некој трговец од Запад, тој кај нас се соочуваше со некои организациски форми што за него биле целосно неразбирливи: ООЗТ (основна организација на здружен труд), ОЗТ (организација на здружен труд), РО (работна организација), СРО (сложена работна организација) итн. Сепак, за да се одржи некое ниво на „движење на капиталот“, во тоа време се измислуваа разни закони за заедничко вложување, што имаа единствена цел да го заштитат странскиот инвеститор од домашните небулзозни организациски форми. Слична е и улогата на денес популарното јавно-приватно партнерство. Во ООН членуваат разни држави на различен степен на развој и многу од нив можеби немаат ООЗТ, ОЗТ или РО, но имаат слични небулзозни препознатливи за западните инвеститори. Исто така, тие се толку сиромашни што немаат пари ни за изградба или одржување на основната инфраструктура (патишта, железници, училишта, пошти, електрификација, вода

⁵ Тоа дека тој систем кај нас не функционира доволно ни зборува фактот што на позицијата „државен секретар“ може да дојде лице без никакво искуство во државната администрација и во конкретното министерство, па дури тоа да му биде и прво работно место. Или фактот што целиот систем на државна организација е руиниран со т.н. кабинети на министерот (преземени од сосема други организациски системи). Не се потребни некои посебни истражувања на оваа тема. Сосема е доволно кога човек ќе види „државен секретар“ што нема ни 30 години возраст, за да знае дека системот не функционира така како што се прикажува.

⁶ Подоцна преименуван во Закон за вработените во јавниот сектор.

⁷ Закон за установите, „Сл. весник на РМ“, број 32/2005 од 11.5.2005 г.

итн.). Но, кога ваквите небулози, како што е јавно-приватни партнерства, приватни и мешовити установи се форсираат во земји што се кандидати за членство во ЕУ, па дури и се прикажуваат како „спасоносно европско решение“, тогаш земјата има сериозен проблем. Тој сериозен проблем го имаат дури и земјите што веќе се членки на ЕУ, но кои не можат да се ослободат од своето комунистичко минато или од сиромаштијата (на што следуваат реакции во другите земји на ЕУ).

Слично на ова се и различните „бесцарински“ или „слободни економски“ зони кои во времето на Отоманската Империја барем се нарекувале со нивното вистинско име „капитулации“. Поради хаосот во правниот систем на Отоманската Империја во распаѓање и поради огромната корупција кај судиите и државната администрација, западните сили издејствувале т.н. режим на капитулации, то ест на територијата на Отоманската Империја во распад да им се даде некоја територија на која ќе работат нивните фирми и таа територија или зона ќе биде надвор од јурисдикцијата на државните органи на Отоманската Империја и под јурисдикција на конзулите на земјите чии фирми таму имаат седиште. Со основна цел да се обезбеди некој основен ред и правни правила во „државата што не функционира“. Таа „капитулација“ денеска современо се нарекува слободна економска зона“ или „бесцаринска зона“, или нешто слично на тоа.

Овде само ќе се потсетиме на што личеа или сè уште личат разните основни и средни училишта, домовите на култура, државните универзитети и институции, здравствените домови, судови, обвинителства итн. Во домашните домови на здравјето и во болниците на секој апарат стоеше или сè уште стои табла од која амбасада или меѓународна организација е донација, па во некои болници дури имаше и транспаренти од по дваесетина метри што укажуваа на тој факт. Тоа била или е реалноста во земјата. Неспособноста или несакането на државата да го обезбеди нормалното функционирање на јавните установи.

Накусо, јавните установи секаде во цивилизираниот свет се составен дел на државната управа, без оглед на тоа што тие, главно, се автономни во своето работење. Но, сепак, се дел од државната машинерија. Што е тоа што државата ќе го организира како јавна установа е прашање на самата држава и тоа се менува со текот на историјата. Но, дури и кога самата држава ќе реши дека ќе креира државни училишта или универзитети, државни болници или ветеринарни станици, тоа не значи дека таа со тој акт ја национализирала „целата таа професија“, која и натаму функционира така како што функционираа отсекогаш, што не е случај со решенијата дадени во домашниот Закон за здравствена заштита. Дури и кога во цивилизираниот свет државата ќе реши да направи некоја државна здравствена установа, таа никогаш не ги спречувала припадниците на лекарската професија слободно да ја вршат својата дејност и никаде не ги принудувала да основаат „приватни установи“ за таа цел. Тоа е под нивото на секоја цивилизација. Дури ни сиромаштијата на земјата не ја оправдува таа глупост.

3. Што е смислата на т.н. јавно овластување или јавна служба во конкретниот контекст на здравствената дејност

Кај нас голем број закони со кои се регулираат слободните професии содржат одредби со кои конкретната професија се прогласува за јавна служба⁸, што не е карактеристично никаде во Европа или во другиот цивилизиран свет. Обично, кај сите слободни или регулирани професии изречно се наведува дека се тоа („слободни професии“) и дека во вршењето на нивната дејност **не се сметаат за трговци**, то ест не потпаѓаат под правилата на трговското право. Единствен исклучок од тоа правило се можеби **нотарите**, кои иако произлегуваат од една слободна професија, поради специфичните задачи на регистрација на правните акти и водењето на другите вонпарнични работи (на пример, издавање неспорни платни налози), се дефинираат како „**независни носители на јавна служба**“. Меѓутоа, **лекарите никаде не се наведуваат како „јавна служба“**.

Кај нас за одреден број професии изречно е наведено дека се тоа: на пример, во член 2 од Законот за адвокатурата, **адвокатурата** е наведена како „**самостојна и независна јавна служба**“ (што не е случај никаде во Европа) или дури и во Законот за стечај се наведува дека **стечајните управници** при вршењето на своите функции имаат „**статус на службено лице**“ и имаат „**службена легитимација**“ (што е забегување од ист вид).⁸

Обично во светот под терминот „**јавна служба**“ се подразбира **позиција на јавна власт или служба**, што подразбира одговорност во однос на јавноста, особено во рамките на власта. За некој да се смета за „**јавна служба**“, **тој мора да има јавни овластувања дадени со закон или врз основа на закон** и тие јавни овластувања (што народски се викаат „**власт**“) **потпаѓаат под специфичните правила на теорија за актите *ultra vires***. За разлика од приватното право (граѓанското и трговското право), каде што важи презумпцијата дека „**се е дозволено, освен она што е забрането**“, во јавното право важи спротивната презумпција „**сè е забрането, освен она што е дозволено**“. Во пракса тоа значи дека обичните граѓани, трговците и припадниците на слободните професии итн., на кои се применуваат правилата на приватното право, можат да прават сè што не е забрането со некој закон, со моралните норми или јавната политика (интерес) и можат сосема слободно да „**бараат дупки по законите**“. Тие се слободни граѓани. За разлика од тоа, во **јавното право, сите актери, за да преземат што било мора да имаат „изречно законско овластување“** и дури и кога постапуваат во согласност со тоа овластување, мора да се движат „**во границите на даденото овластување**“ и не смеат да ги пречекорат тие граници. *Секој акт преземен „без овластување“ или „наговор од траниците на даденото овластување“ претставува т.н. пречекорување на овластувањата или во правната теорија акт *ultra vires*. За јавните актери (јавните служби) се е забрането и тие дејствуваат само ако имаат изречно законско (јавно) овластување и само во рамките на тоа овластување.*

⁸ За целата работа да биде посмешна, дури и новинарите и професионалните фотографии бараат да бидат подведени под оваа категорија затоа што „ги тепале додека ја вршеле својата професија“.

За класичните државни органи, таквите јавни овластувања се дефинирани со уставот, законите или со некои подзаконски акти донесени согласно со закон. Кај установите, тие јавни овластувања, покрај сето наведено за класичните државни органи, дополнително се дефинираат со статутот или со конститутивниот акт на установата со кој се прецизира правната и деловната способност на самата установа како правно лице, како и на нејзините органи. Тие јавни овластувања дадени со Уставот, законите, подзаконските акти и статутот или другиот конститутивен акт на установата како правно лице ја даваат границата на нејзините овластувања и го дефинираат обемот на актите *ultra vires* (то ест ја дефинираат нивната правна, деловна и деликтна способност). Затоа што установите се креација на јавното право и на нив се применува презумпцијата дека „сè е забрането освен она што е дозволено“. (Која е вркката на сето ова со слободната или регулираната професија лекар мене лично не ми е јасно, но можеби јас не сум доволно просветлен).

Без јавно овластување дадено со закон не може да постои ни „службена положба“, то ест „служба“. Јавното овластување дадено со закон ја дефинира „јавната служба“, то ест „службената положба“. Токму затоа законите мора прецизно да ги дефинираат јавните овластувања на сите актери од јавното право (на сите „служби“) и не смеат да содржат фрази „и друго“ (затоа што таквите фрази го рунираат самиот концепт на дефинирање на јавното овластување и на самата јавна служба и од неа прават „изворен феудален суверен“ чии овластувања се дадени од господ).

Оваа теорија за *ultra vires*, што е специфична за јавното право, во помал, но приличен обем, се применува и на трговските и граѓанските друштва што се правни лица. Сите тие носат свои конститутивни акти (договор за друштво, статут или друг конститутивен акт) и по регистрацијата на тој конститутивен акт во кој се наведени сите овластувања на друштвото и на неговите органи во јавниот регистар, таквиот акт станува јавен акт (сличен на закон), што е објавен и важи не само за друштвото што го донело и за неговите членови, туку за сите граѓани на земјата што во која било прилика ќе стапат во некој однос со конкретното друштво.

Објавата на конститутивниот акт во јавниот регистар води кон примена на теоријата за *ultra vires* и за овие правни лица, независно од фактот што тие се водат според правилата на приватното право. Исто како што граѓаните треба да ги знаат законите и прописите за да знаат што може да очекуваат од некоја „јавна служба“ (то ест да знаат какви јавни овластувања има таа јавна служба), исто така, тие треба да ги знаат конститутивните акти на приватните друштва (граѓански или трговски) објавени во јавните регистри за да знаат што може да очекуваат од некое такво „правно лице“. Тоа знаење ги води кон сознанието дали некоја јавна служба или приватно-правно правно лице дејствувало во рамките на дадените овластувања или ги пречекорило нив (*ultra vires*).

Од друга страна, под терминот „јавна услуга“ се подразбира услуга наменета за сите припадници на општеството, што на еден или друг начин, пак, е поврзана со власта. За разлика од приватните актери на граѓанското и трговското право, кои може да избираат со кого ќе стапат во договорни и други односи и на кого ќе му дадат некоја стока или услуга, јавните власти по де-

финиција немаат избор, затоа што нивното јавно овластување од нив бара дефинираната јавна услуга да биде достапна на сите во заедницата под еднакви услови, дефинирани со закон или со подзаконските акти донесени врз основа на закон.

Кај нас самиот термин „државна служба“ е дефиниран со Законот за државни службеници на следниов начин:

„Член 3

(1) Државен службеник е лице вработено во државната служба кое врши стручни, нормативно-правни, извршни, управни, управно-надзорни, плански, материјално-финансиски, сметководствени, информатички и други работи од надлежност на органот во согласност со Уставот и со закон.

(2) **Државна служба, во смисла на овој закон, се органите на државната и локалната власт и другите државни органи, основани согласно со Уставот и со закон.**

(3) Вработените во државната служба кои вршат помошни и технички работи за државната служба немаат статус на државни службеници.“

Од друга страна, во Законот за вработените во јавниот сектор, што и не би требало да постои, државната служба не е дефинирана, но постои дефиниција на „јавната служба“ што се дефинира на следниов начин: „**Јавна служба се институциите на дејностите наука, труд и социјални работи, социјална и детска заштита, установите, фондовите, агенциите, јавните претпријатија основани од Република Македонија, а не се опфатени со Законот за државните службеници“** и натаму „**Институции, во смисла на овој закон, се сите државни органи и тела кои вршат работи од јавен интерес или доверени јавни овластувања, установи, фондови, агенции како и јавни претпријатија, основани од Република Македонија, а не се опфатени со Законот за државните службеници“**.“

Од наведените одредби може да се види дека под „јавна служба“ се подведуваат само институциите „основани од Република Македонија“, а во таа категорија се внесени дури и **јавните претпријатија** што секаде во светот функционираат според правилата на **приватното право**. Исто така, во овој закон поимите „**образование“** и „**здравство“** (што се јавуваат, на пример“ во Законот за установите) не се вброени во дефиницијата на „јавна услуга“ или „јавна служба“.

Наместо „државната“ или „јавната“ служба“ да биде дефинирана во согласност со „јавните овластувања“ дадени со устав, закон и другите акти донесени во согласност со закон, тие овде се дефинираат во согласност со „основачот“ или според тоа дали нешто било „државен орган“ или “институција“.

Накусо, со овие два закона е направен дополнителен хаос во конкретната управно-правна материја.

Ако работите стојат донекаде појасно со преносот на „јавните овластувања“ (на пример, на раличните професионални комори), тоа во ниту еден случај не е јасно со сите останати поими на административното право кај нас.

4. Што е содржината на основниот закон со кој се регулираат установите во земјата, Законот за установите, што претставува основа за сите изведени закони, па и за Законот за здравствената заштита

Законот за установите има цел базично да го регулира „вршењето на јавните услуги од јавен интерес“, а под терминот „јавна услуга“ овој закон подразбира „дејност која ја вршат установите во областа на образованието, науката, културата, здравството, социјалната заштита, детската заштита, инвалидската заштита, како и во други дејности кои со закон се утврдени како јавна услуга“. Под „установа“ овој закон подразбира „секоја форма на организирање заради вршење на јавна услуга како дејност која не е подведена под трговските дејности утврдени со закон (нестопанска дејност) и која може со закон да биде утврдена како дејност од јавен интерес“.

Меѓутоа, спротивно на целиот нормален свет, овој закон пропишува дека установите не се само државни, туку дека имало и „мешовити“ и „приватни“ установи. Затоа овде наведувам само некои законски дефиниции од Законот за установите:

„Мешовита установа е установа основана со средства во државна сопственост, односно со средства во сопственост на општината односно градот Скопје и со средства во сопственост на домашно и странско правно и физичко лице или установа основана со средства во државна сопственост или со средства во сопственост на општината односно градот Скопје во која се вложени средства во сопственост на домашно и странско правно и физичко лице“.

„Приватна установа е установа основана со средства во сопственост на домашно и странско правно и физичко лице“.

„Основач е Собранието на Република Македонија, Владата на Република Македонија, општина односно градот Скопје како и домашно и странско правно и физичко лице кое основа установа“.

„Соосновач на установа е домашно и странско правно и физичко лице кое е соосновач на установа во основање, соосновач на веќе основана установа или стекнал удел во основана установа во постапка на сопственичка трансформација“.

„Удел во установа е сосопственичко учество на основач во установа основана од два и повеќе сосновачи.“

Во Законот за установите конкретно во врска со т.н. приватни установи се наведува дека тие можеле да бидат основани од страна на „домашно и странско правно и физичко лице ако ги исполнува условите утврдени со овој и друг закон и ако добие дозвола за вршење на дејност од надлежното министерство“, дека „актот за основање на установата го донесува основачот“ (член 18 став 2 од ЗУ) и дека **по уписот на установата во соодветниот регистар таа стекнува својство на правно лице.**

Натаму, член 32 од Законот за установите наведува:

„Установата има статут.

Со статутот особено се уредува: организацијата и начинот на вршење на дејноста, називот, седиштето, управувањето, раководењето, контролата, правата и обврските на корисниците на јавната услуга и други прашања од значење за извршување на дејноста и работењето на установата во согласност со закон и актот за основање.

Донесувањето на статутот на приватната установа како и неговото изменување го врши основачот.

Донесувањето на статутот на јавната установа како и неговото изменување го врши органот на управување на јавната установа во согласност со закон.

На статутот на јавната установа согласност дава основачот или орган определен од основачот.“

Член 34 од Законот за установите утврдува дека **за сите статусни измени на установата одлучува „основачот“**, кој и да е, а за **приватните установи се наведува дека „можат да престанат согласно со одредбите од Законот за стечај“** што само нè наведува на помислата дека на нив се применуваат правилата на трговското или приватното право. И овде може да се забележи дека Законот има погрешна концепција на поимот „статусни промени“, под што подразбира само „спојување и поделба“ што е целосно погрешна и теориски неиздржана концепција.

Законот за установи на ниту еден начин не се занимава со статусните промени кај основачот (приватниот основач), ниту со преносот на уделите кај самиот основач на установата и тоа го препушта за регулирање на законите со кои се уредува соодветната организациска форма на основачот (Законот за трговски друштва, Законот за здруженија и фондации итн.).

Во член 19 со кој се регулира „**актот за основање**“ на установата, ставовите 3 и 4 се однесуваат на „**преносот на уделите**“. Заради релевантноста овде, ги наведувам овие ставови од член 19 од Законот за установите: „Ако установата ја основаат два или повеќе основачи, тие склучуваат договор за заедничко основање на установа со кој ги уредуваат меѓусебните односи како соосновачи на установата, а особено нивните права и обврски, како и **правото на располагање со уделите во установата**“ и „**Договорот од став 3** на овој член е во согласност со одредбите од Законот за облигационите односи што се однесуваат на **договорот за ортаклак**“.

Тоа значи дека согласно со оваа концепција, ако има два или повеќе „основачи“ на некоја установа (па дури и кога како сооснивач се јавува државата), нивните меѓусебни односи и „преносот на уделите“ се решаваат согласно со режимот на **сосопственост** и нивните односи се уредуваат согласно со **договорот за ортаклак** (што е чудно, но е така регулирано). Од друга страна, Законот утврдува посебен режим за „**мешовитите установи**“ во кои некој од сооснивачите сака да го **пренесе својот удел во установата**. Иако ова прашање е третирано во контекст на „приватизација на установите“, сепак, даденото решение е релевантно за тоа што се сметало за пренос на удел во „мешовита установа“

во која како еден од сооснивачите се јавува државата. Така, во член 103 што се занимава со „продажбата на удел во мешовитата установа“ е наведено: „Кога соосновач на мешовита установа чиј основачки влог се средства во државна сопственост односно средства во сопственост на општината или градот Скопје утврди дека престанал неговиот интерес да биде соосновач на установата, **може својот удел во установата да го продаде на другите соосновачи на установата. Ако соосновачите одбијат да го купат уделот во установата, се спроведува отворен повик за избор на најповолен понудавац, согласно овој и друг закон.**

Соосновачот од став 1 на овој член за **продажбата на својот удел во установата донесува одлука**“.

Дали кај нас воопшто требало да има „приватни“ и „мешовити“ установи е сосема друго прашање. Според моето мислење, самиот термин „установа“ е строго врзан за државната управа и лично не знам цивилизирана земја во која постојат приватни или мешовити установи. Но, домашниот закон е таков каков што е.

Тоа дека ни тој самиот не бил сосема на чисто со различните дефиниции, само ќе наведам како во две одредби од Законот различно се третираат лицата кои работат во установите. На пример, во член 7 од Законот насловен како „јавни овластувања“ се наведува дека „На установата може со закон да ѝ се доверат јавни овластувања. Кога на установата ѝ се доверени јавни овластувања, на **лицата вработени во установата кои ги вршат овие работи се применуваат одредбите од Законот за државните службеници**“. Лично не знам установа што не врши јавни овластувања, па можам да подразберам дека сите тие лица се државни службеници.

Но, веќе во член 82 што е прв член од делот VII „Вработени во установата“, се наведува: „**Вработените во установата правата и обврските од работниот однос ги остваруваат согласно со Законот за работните односи и колективен договор**, освен ако со овој и друг закон не е поинаку уредено.“.

Накусо целото наше управно или административно право е конфузно и без некои прецизни поимања на предметот што треба да го регулира. Тоа попрво било водено од разни политички или економски интереси на „денот“ отколку од некои издржани концепции во врска со материјата што требало да ја регулира.

Уште еднаш повторувам, никаде во цивилизираниот свет не постојат „приватни“, ниту „мешовити“ установи. Зошто ги има кај нас не знам, иако можам да претпоставам дека е прашање на приватизацијата и на постојаниот глад за пари на буџетите на државата и на општините. Но, сето тоа нема врска со право и не се задоволени ни елементарните критериуми за систематичност и доследно изведени концепции за што било.

Фактот што установите или трговските друштва се подведуваат под категории „државни“, „мешовити“ и слично ја покажува жилавоста на комунистичката логика кај нас. Установата или трговското друштво по неговата регистрација се правни лица и имотот е во нивна сопственост. Сè друго е „приватизациска логика“.

5. На кој начин сите горенаведени проблеми се рефлектирани во Законот за здравствената дејност

Наместо да го регулира здравството како **слободна или регулирана професија**, како што е тоа во сите цивилизирани земји во светот, нашиот Закон за здравствената заштита поаѓа од концепцијата дека **„здравствената дејност е дејност од јавен интерес“** и дека таа се врши како **„јавна служба“** и согласно со тоа **„здравствената дејност се врши во здравствени установи“** (член 12). Ако се земе горенаведената листа на слободните или регулираните професии, треба да се замисли на каков начин би реагирале адвокатите, архитектите, инженерите, преведувачите и другите слободни професии кога некој би им соопштил дека тие се **„јавна служба“** и дека **„нивната дејност мора да ја вршат во установа“** (но веројатно тоа прашање нема да биде поставено во догледно време затоа што за никој од нив не постои посебен фонд од кој тие би ги наплаќале своите услуги).⁹

Можеби лицата кои го пишувале Законот ни самите не знаеле дека со наведените законски одредби сите лекари во земјата ги претвориле во државни службеници, но тоа е она што се чита од законскиот текст. Сепак, дека ни самите составувачи на текстот не знаеле ништо за материјата што ја регулираат ни говори веќе став (4) од истиот член 12 што наведува дека **„здравствени услуги вршат здравствени работници, а определени работи во здравствената дејност можат да вршат и здравствени соработници**, кои ги исполнуваат условите од овој и друг закон“. Веќе фактот што во еден ист член е направена целосна конфузија помеѓу **јавна служба и поимот „работник“**, на искусен правник му кажува дека пред себе има поетско дело што нема никакво правно значење.

Откако дефинирал дека ниту еден лекар не може слободно да ја врши својата професија и дека мора да претставува **„установа“**, Законот прави разлика помеѓу **„здравствена дејност што се врши во мрежа на здравствени установи“** и **„здравствена дејност што се врши надвор од мрежата на здравствени установи“**. Здравствената дејност **во мрежа** ја вршеле **„јавни и приватни здравствени установи“** кои вршеле дејност **врз основа на лиценца**, а здравствената дејност **надвор од мрежата** била резервирана само за **приватните здравствени установи** што се **„финансирале од здравствените услуги кои пациентите ги плаќале со лични средства“**. Покрај тоа, Република Македонија била надлежна за остварувањето на здравствената заштита **во мрежата здравствени установи**.

Од наведениот член 13 можат да се видат две работи:

1.1 дека спротивно на член 16 во кој Република Македонија на сите граѓани им гарантира некои права во врска со здравството, Законот целосно го рунира тој принцип на **„јавна услуга“** или **„јавна служба“** достапна за сите на една територија и тоа го сведува само на **„здравствените установи во мрежа“** што води кон тоа дека **здравството можеби и не е јавна служба, ниту е од „јавен интерес“**;

⁹ На пример, зошто адвокатите, кои, исто така, со посебните прописи се дефинирани како **„јавна служба“**, никој не ги принудува да основаат установи, туку тие **„доброволно“** решиле дека решението за нивната професија е тие да издаваат **„фискални сметки“**.

2.2. и покрај тоа што уште од Законот за високото образование студентите на медицина, односно идните лекари, се третираат како „регулирана професија“ (иако тие како студенти тоа не се), самиот Закон за здравствената заштита уште од самиот почеток ни вели дека таа дејност (професија) не е регулирана. Основната поента на секоја „регулирана професија“ е да има исти професионални правила за сите, донесени од страна на соодветната комора и да има ист тарифник за сите припадници на регулираната професија. И во двете точки Законот ни вели дека тоа не е така и дека лекарите според него не се ниту слободна ниту регулирана професија.

Во тоа не ни помагаат ни следниве членови 13-а и 13-б во кои прво се наведува како се групираат работните места на вработените во јавните здравствени установи „согласно со Законот за вработените во јавниот сектор“ (што попатно самиот предвидел дека не се однесува на „здравството“), за потоа да ни се појасни дека „платите на вработените во јавните здравствени установи се утврдуваат во колективните договори согласно со видот на потребните стручни квалификации и работните компетенции, одговорноста, видот и сложеноста на работите и на работните задачи, како и согласно со другите критериуми од значење за работното место“. Ако тие се обични работници, тогаш која е поентата на „јавната служба“ и целата гимнастика со поимот „установи“?

Под мрежа на здравствените установи Законот подразбира „определување на потребниот број здравствени установи и видовите здравствена дејност, односно специјалност кои се обезбедуваат во определени географски подрачја според местото на живеење на корисниците на здравствената заштита, кои треба да се обезбедат во согласност со потребите за здравствена заштита на населението на територијата на Република Македонија“. Таа „мрежа“ е утврдена со една владина уредба според која се утврдени некои стандарди и, главно, се наброени сите приватни и јавни здравствени установи што имаат склучено „договор со Фондот“ (се мисли на Фондот за здравствено осигурување). Како аналогија, слична „мрежа“ постои за нотарите во земјата (кои, исто така, се организирани според територијалниот принцип), но, за разлика од нив, кои реално се индивидуални носители на јавна служба, не се организирани како „установи“ и надвор од таа мрежа нема „приватни нотари“, овде зад терминот „мрежа“ е затскриена „бедата“ на Фондот за здравствено осигурување и непостоењето единствена тарифа за медицинските услуги за сите здравствени работници во земјата. Или во основа „мрежата“ е врзана за Фондот, а „установите надвор од мрежата“ не се или не се во целост. Иако „мрежата“, главно, „има договор со Фондот“, тоа не ја спречува да наплаќа „здравствени услуги од здравствена дејност на пациенти кои услугите ги плаќаат со лични средства“, да наплаќа „учество со лични средства на осигурените лица за здравствените услуги опфатени со задолжителното здравствено осигурување, односно со доплати за повисок стандард за здравствени услуги, согласно со прописите од областа на здравственото осигурување“ или да наплаќа „од средствата на осигурителните друштва кои вршат доброволно дополнително здравствено осигурување“. Ова помалку личи на „јавната служба“ поврзана со издавањето патни исправи во МВР. Таа е достапна на сите под еднакви услови,

но ако ти се брза, патната исправа може да се добие со плаќање „дупла цена“. **Таква јавна служба нема никаде во светот.**

Просто е смешно да се читаат „приватните здравствени установи“: „Д-р Тања“, „Д-р Валентина“, „Д-р Коле“ итн. сите „во мрежата“. На што спаднало административното право во земјата. Лекарската комора им издава на лекарите лиценца, но таа не им служи за ништо, затоа што за да вршат „здравствена дејност“ мора да основаат „установа“ и да добијат лиценца од Министерството за здравство, кое е веројатно „најголемиот здравствен ум во земјата“. Ваков систем не знам дали имало и во комунизмот. Покрај тоа, една цела низа „здравствени дејности“ се забранети за „приватните установи“ што се надвор од мрежата, меѓу кои воочлива е т.н. „терцијарна здравствена заштита“, што реално значи забрана или тешко ограничување за отворање друг медицински факултет во земјата.

Речиси целиот текст на Законот личи на некоја скрипта за различните здравствени дејности, за некои испити, па дури и за испити за „директор“ на јавна здравствена установа, и речиси не решава ниту едно релевантно правно прашање.¹⁰ Дури член бб содржи една небулоза од следниов вид: „Во постапките за основање, статусни измени (спојување, припојување, поделба или издвојување) и дозволи за работа за здравствени установи се применуваат прописите од областа на општата управна постапка, ако со овој закон поинаку не е определено“. Ако процедуралното препраќање дописи и решенија се смета за суштествено во врска со наведената материја, тогаш навистина за таа материја нема релевантни правни одредби.

6. Заклучок

Слободните или регулираните професии во земјата се целосно несоодветно правно уредени, пред сè поради проблемите од почетокот на транзицијата поврзани со системите на пензиско, здравствено и социјално осигурување и чудната социјалистичка појава наречена „лице со личен труд и средства во сопственост на граѓани“. Тој проблем, ни по триесет години, не е решен на задоволителен начин, па дури правните решенија стануваат сè поапсурдни. Реално некој треба да се зафати за таа материја. Затоа што и таа денеска правно лебди бесмислено, исто како и прописите за градежните и земјоделските земјишта и нивната „урбанистичка регулација“ и голем број други правила со „европско знаменце“.

¹⁰ Слични на тоа се и другите закони со кои се регулираат другите слободни професии. Никој од нив не разбира дека законот не треба да ги содржи правилата на професијата (што се менливи и се утврдуваат на друго место), туку треба да одговори на прашања што се битни за правото. Од тие причини, во разните судски спорови, странките и не знаат кое правило треба да се примени, затоа што законите се скрипти по геодезија, медицина, фармација итн. и не содржат одговор на ништо што е правно релевантно.

THE ILLOGICAL REGULATION OF THE HEALTH ACTIVITY AND OTHER LIBERAL PROFESSIONS IN DOMESTIC LAW

(Summary)

The article focuses on regulation of free or regulated professions in Macedonia, by following the example of doctors or healthcare staff and comes to a conclusion on its completely illogical regulation in full noncompliance with civilized regulation of this kind of professions.

Key words: free professions, regulated professions, doctors, lawyers, professors

ЛИТЕРАТУРА

1. **Закон за трговските друштва**, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/2010, 48/2010, 24/2011, 166/2012, 70/2013, 119/2013, 120/2013, 38/2014, 41/2014, 138/2014, 88/2015, 192/2015, 6/2016, 30/2016 и 61/2016 и одлуки на Уставниот суд на Република Македонија, У. бр. 177/2005 од 24 мај 2006 објавена во Сл. весник на РМ“ бр. 71/2006; У. бр. 177/2008 од 14 јануари 2009 година, објавена во „Сл. весник на РМ“, бр. 17/2009; У. бр. 153/2008 од 11 февруари 2009 година, објавена во „Сл. весник на РМ“, бр. 23/2009; У. бр.75/2010 од 12 јануари 2011 година, објавена во „Сл. весник на РМ“, бр. 8/2011 и У. бр. 169/2010 од 9 февруари 2011 година, објавена во „Сл. весник РМ“, бр. 21/2011.
2. Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe, 22.12.2015, <https://www.gesetze-im-internet.de/partgg/index.html> (германски Закон за ортачки друштва за слободните професии).
3. Закон за високото образование, „Службен весник на РМ“, број 82 од 8.5.2018 г.
4. Закон за установите, „Сл. весник на РМ“, број 32/2005 од 11.5.2005 г. со измените.
5. Закон за државните службеници, Службен весник на Република Македонија“ бр. 59/2000 (со бројните измени и дополнувања).
6. Закон за вработените во јавниот сектор, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 27/14, 199/14, 27/16, 35/18, 198/18.
7. Закон за здравствената заштита, „Службен весник на Република Македонија“, бр. 43/2012 (со бројните измени и дополнувања).
8. Закон за адвокатурата, „Службен весник на Република Македонија“, бр. 59/2002 (со бројните измени и дополнувања).
9. Закон за стечај, „Службен весник на Република Македонија“, бр. 34/2006 (со бројните измени и дополнувања).

Д-р Горан Коевски, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

Д-р Дарко Спасевски, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

СООДНОСОТ ПОМЕЃУ ФИДУЦИЈАРНИТЕ ДОЛЖНОСТИ НА ЧЛЕНОВИТЕ НА ОРГАНИТЕ НА ТРГОВСКИТЕ ДРУШТВА И КОНЦЕПОТ НА УКАЖУВАЧИ

347.72.08:347.775(497.7)

347.72.08:343.232(497.7)

изворна научна статија

Членовите на органите на трговските друштва се одговорни за своето постапување пред друштвото и пред акционерите/содружниците на друштвото. Нивните обврски се уредени со договорот за друштвото, односно статутот на друштвото, со договорите со кои се уредуваат нивните односи со друштвото, но и со Законот за трговските друштва. Во таа смисла, во рамките на нивните обврски се вклучени и обврските за заштита на интересите на друштвото, како и за чување деловна тајна. Од друга страна, со појавата на концептот на укажувачи, се појави и дилемата до каде членовите на органите на друштвото се должни да го штитат приватно-правниот интерес на друштвото, а од каде почнува нивната обврска за заштита на јавниот интерес преку нивната обврска за пријавување незаконско и неетичко однесување. Преку овој труд, авторите прават анализа на споредбените искуства и пристапот на националното законодавство во однос на третираното прашање.

Клучни зборови: органи на друштво, заштита на интереси на друштвото, укажувачи

1. СПОРЕДБЕНО-ПРАВНА АНАЛИЗА НА КОНЦЕПОТ НА УКАЖУВАЊЕ ВО ТРГОВСКИТЕ ДРУШТВА

Трговските друштва и сите други субјекти од приватниот сектор подеднакво со субјектите на јавниот сектор се изложени на ситуации кои се предизвикани од незаконски или неетички дејствија. Оттука, се јавува потреба од овозможување систем на заштита на лицата во рамките на трговските друштва кои би се јавиле како укажувачи, односно би пријавиле незаконско односно неетичко постапување во рамките на трговското друштво.

Генерален предизвик кај трговските друштва е одговорноста за лојалност кон друштвото, на членовите на органите на управување и на назор на

друштвото, наспроти нивната одговорност за непријавување на незаконско и неетичко постапување. Членовите на органите на друштвото имаат обврска за лојалност кон друштвото (*duty of loyalty*). Тие мора да постапуваат во добра волја и да ги штитат интересите на друштвото, вклучително и документите (информациите) на друштвото. Многу често, оваа должност на членовите на органите на друштвото се постигнува со склучување договор за доверливост.¹ Исто така, можни се и случаи кога друштвото бара од членовите на органите на друштвото да склучат договор преку кој сите производи (со придружните документи) кои тие ги создале во текот на нивниот ангажман му припаѓаат на друштвото. Оваа обврска, на некој начин, претставува продолжение на нивните фидуцијани обврски.² Во основа, договорите за доверливост и правата на сопственост на друштвото врз сето она што членот на органот на друштвото го создал при неговиот ангажман во друштвото даваат некој вид заштита на друштвото во ваквите ситуации.³ Целта на ваквите договори е да се добие или, поточно, да се зајакне лојалноста кон друштвото. Според некои процени, дури 70 проценти од имотот на трговските друштва претставуваат нематеријални ствари во чиј состав деловната тајна претставува значителен дел, инкорпорирајќи во себе: информации од финансиска природа, техничка природа, економска природа, инженерски информации, формули, дизајни, прототипи, процедури и компјутерски кодови.⁴ Гледано преку бројки, според едно истражување, вредноста на деловната тајна како дел од имотното портфолио на американските трговски друштва котирали на берза изнесува 5 илјади милијарди американски долари,⁵ додека, пак, трошоците кои американската економија ги има поради кражба и злоупотреби (неовластено користење) на деловната тајна изнесуваат околу 3 проценти од бруто домашниот производ на Соединетите Американски Држави, или, пак, според некои други процени штетите изнесуваат помеѓу 160 и 480 милијарди американски долари.⁶

Голем број скандали во корпоративниот сектор во Соединетите Американски Држави како што се случаите со Enron, Adelphia, Worldcom, Arthur Andersen, Tyco и Martha Stewart ја нагласија потребата од создавање на рамка за заштита на укажувачите во трговските друштва.⁷ Еден од случаите на укажување е случајот на Sherron Watkins и нејзината улога во разоткривањето на злоупотребите во Енрон. Sherron Watkins, всушност, е лицето кое ги открива незаконските постапувања во сметководството и во извештаите на Енрон што и доведува до негово пропаѓање.⁸

¹ Leonard M. Baynes, "Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act", *t St. John's Law Review*, достапно на <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1371&context=law-review>, пристапено на 19.2.2022, стр. 2.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Види: Mark L. Krotoski, Greta L. Burkholder, Jenny Harrison, Corey R. Houmand, „The Landmark Defend Trade Secrets Act of 2016”, стр. 4.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Leonard M. Baynes, *op.cit.* стр. 4.

⁸ Ibid.

Кога се зборува за укажувачи во рамките на трговското друштво, тоа може да бидат како членовите на органите на управување и на надзор на друштвото, така и кој било друг вработен во друштвото.⁹

Со цел да се искорени корупцијата во бизнисот преку поттикнување пријавувања од страна на укажувачите, се забележуваат многу активности од страна на меѓународните организации, како што се ОЕЦД (OECD), Светска банка (World Bank), но, за жал, тие не се прифаќаат во националните легислативни активности. Така, само мал број земји-членки на групата Г-20 имаат национални прописи со кои се уредува заштитата на укажувачите.¹⁰

Според едно истражување на Меѓународната трговска комора (International Chamber of Commerce) од 2007 година, еден од најпроблематичните предизвици во светскиот бизнис се економските кривични дела, при што од 5.428 трговски друштва вклучени во истражувањето во 40 различни земји, повеќе од 43 % од трговските друштва се произнеле дека се соочиле со најмалку едно економско кривично дело во последните две години.¹¹ Во 2005 година, Меѓународната трговска комора ги публикува Правилата за борба против изнуди и подмитување (Rules of Conduct on Combating Extortion and Bribery). Со овие Правила се препорачува усвојување политики за антикорупција и донесување кодекси во рамките на трговските друштва преку кои треба да се овозможат доверливи и сигурни канали и процедури за пријавување незаконски дејствија или за добивање совети како да се постапи во таквите случаи.¹² Во Правилата за борба против изнуди и подмитување се сугерира трговските друштва да назначат лице од повисокиот менаџмент кое ужива авторитет и интегритет помеѓу вработените, кое ќе биде одговорно за прием и администрирање на пријави од укажувачи. Се препорачува на ова лице да му се даде и повисоко ниво на автономија во постапувањето. Исто така, еден од предлозите е лицето директно да одговара за својата работа на највисокиот менаџмент во друштвото. Покрај тоа, се укажува и на можноста за определување надворешни консултанти, особено во големите трговски друштва, кои ќе даваат консултантски услуги и совети при постапување по пријави на укажувачи. Притоа, ваквите консултанти треба да имаат висока репутација и независност од трговското друштво кое ги ангажира.¹³

Во Соединетите Американски Држави, преку Законот Сарбанес Оксли од 2002 година (Sarbanes-Oxley Act of 2002), на секој вработен кој доставил информации или на друг начин помогнал во истрага поврзана со некое кривично дело и прекршување на правилата на Комисијата за хартии од вредност на Соединетите Американски Држави (Securities and Exchange Commission) или која

⁹ Deborah Demott, "Whistleblowers: Implications for corporate Governance", Washington University Law Review, Vol. 98, 2021, достапно на https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3864994, пристапено на 15.2.2022, pp.1.

¹⁰ Avinash Singh, "Institutionalizing structured whistle blowing policy for Corporate Governance", SOA National Institute of Law, достапно на https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3069392, пристапено на 19.2.2022, p.

¹¹ "ICC Guidelines on Whistleblowing Prepared by the ICC Commission on Anti-Corruption", достапно на <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/06/ICC-Whistleblowing-Guidelines.pdf>, пристапено на 20.2.2022.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

било друга федерална легислатива поврзана со измама на акционери му се дава законска заштита од евентуална одмазда и дискриминација од работодавачот.¹⁴

Пред донесувањето на Законот Сарбанес Оксли, заштитата на укажувачите во приватниот сектор била различна во секоја од сојузните држави на САД. Четириесет и две сојузни држави ја познавале можноста за тужба против раскинување на работниот однос како резултат на одмазда од работодавачот.¹⁵ Токму една од целите на Законот Сарбанес Оксли е да се овозможи заштита на укажувач кој е вработен во друштвото независно од сојузната држава каде што се наоѓа. Исто така, Законот Сарбанес Оксли предвидува одредби за заштита и од дискриминација на секое лице во трговското друштво кое се јавува како укажувач, а без притоа да дојде до престанок на работниот однос. Конечно, една од целите на Законот Сарбанес Оксли е да се создаде доверба кај инвеститорите, малцинските акционери, но и пошироката јавност дека постојат механизми со кои би се спречиле односно санкционирале корпоративните злоупотреби.

Она што отсуствувало во законодавствата на одделните сојузни држави било и заштита на укажувачите од редот на вработените кои се на пониски нивоа во рамките на хиерархијата на друштвото.¹⁶ Во Законот Дод-Франк за реформа на Вол стрит и заштита на потрошувачите (Dod-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) од 2010 година, се предвидуваат посебни мерки за заштита на вработен кој ќе пријави незаконско однесување кое опфаќа прекршување одредби од регулативата за хартии од вредност до Комисијата за хартии од вредност на Соединетите Американски Држави (Securities and Exchange Commission).¹⁷

Во Соединетите Американски Држави се забележуваат и одделни случаи на пријавување на укажувач, кои се направени индиректно, односно без да се открие нивниот идентитет во форма повеќе на анонимно пријавување како што се случаите на *Akorn u Dirks v. SEC*.¹⁸

Во Белгија, во 2017 година, е донесен нов закон со кој се уредува можноста за пријавување незаконити дејствија кои произлегуваат од прекршување на закони од областа на финансиите за кои е надлежна Агенцијата за финансиски услуги и пазари [the Financial Services and Markets Authority (FSMA)]. Согласно со одредбите од овој пропис, покриени се ситуациите на пријавување незаконски постапувања во сегментот на хартии од вредност, управување со фондови, осигурување, посредување при осигурување итн. Од трговските друштва, во наведените сегменти, се бара да воспостават внатрешни процедури за пријавување и постапување по пријави на укажувачи.¹⁹

Пријавувањето и постапувањето по пријави од укажувачи во Франција е уредено со посебен закон, попознат како Sapin II (Сапин II) и со Декретот од

¹⁴ Deborah Demott, op.cit, стр. 4

¹⁵ Leonard M. Baynes, op.cit. стр. 7

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Deborah Demott, op.cit., стр. 4.

¹⁸ Ibid

¹⁹ “Whistleblower protection: global guide”, Freshfields Bruckhaus Derringer, достапно на <https://www.freshfields.com/4a26ac/globalassets/services-page/people-and-reward/whistleblower-protection-global-guide-may-20192.pdf>, пристапено на 25.2.2022.

19 април 2017 година кој содржи посебни правила кои упатуваат и се поврзани со наведениот закон. Овој закон се однесува на трговски друштва кои имаат најмалку 50 вработени. Со законот се уредуваат низа прашања: 1) на кого може да се обрати укажувачот со пријава (неговиот надреден, работодавачот или посебно определено лице), 2) кои информации мора да ги даде укажувачот (релевантни факти, документи и други податоци со кои ќе го потврди своето пријавување), 3) начинот на постапување на работодавачот, начинот на заштита на идентитетот на укажувачот итн.²⁰

Пријавувањето во приватниот сектор во Италија е уредено со Законот број 179 од 2017 година, преку кој се воведува можност за интегрирање на посебни внатрешни правила за прием на пријави од укажувачи и за постапување по нив. Овој закон се применува само на ограничен број трговски друштва. Генерално, ваквите внатрешни системи на прием на пријави од укажувачи не се задолжителни за трговските друштва, но доколку трговското друштво има имплементирано внатрешен систем и процедури на прием и постапување по пријави, ќе се смета дека, во случај на сторено кривично дело, таквото трговско друштво постапувало одговорно и совесно.²¹

Директивата 2014/65/EУ за пазарот на финансиски инструменти и измени на Директивата 2002/92/EЗ и Директивата 2011/61/EУ²², во член 73 содржи одредби кои се однесуваат на можноста за пријавување прекршување на одредбите на оваа директива. Имено, со овие одредби се бара од инвестициските фирми, кредитните институции и сите други субјекти опфатени со Директивата да овозможат систем и процедури за пријавување незаконитости и непочитување на Директивата.

Во 2019 година е донесена посебна директива која се однесува на генерална заштита на лицата кои пријавуваат прекршување на правото на Европската Унија.²³

2. ОБВРСКАТА НА ЧЛЕНОВИТЕ НА ОРГАНИТЕ НА ТРГОВСКИТЕ ДРУШТВА ЗА ЛОЈАЛНО ОДНЕСУВАЊЕ СОГЛАСНО СО МАКЕДОНСКИОТ ЗАКОН ЗА ТРГОВСКИТЕ ДРУШТВА

Според дефинициите дадени во Законот за трговските друштва²⁴ (понатаму ЗТД): 1) „одговорно лице“ (...) во акционерското друштво е член на органот на управување, односно член на надзорниот одбор и раководните лица

²⁰ Ibid

²¹ Ibid

²² Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU Text with EEA relevance.

²³ Види: DIRECTIVE (EU) 2019/1937 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, достапна на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937>, пристапено на 25.3.2022 година.

²⁴ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 28/2004; 84/2005; 25/2007; 87/2008; 42/2010; 48/2010; 24/2011; 166/2012; 70/2013; 119/2013; 120/2013; 187/2013; 38/2014; 41/2014; 138/2014; 88/2015; 192/2015; 6/2016; 30/2016; 61/2016; 64/2018 и 120/2018 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 290/2020 и 215/2021.

во трговските друштва;²⁵ 2) „орган на управување“ е органот во акционерското друштво кому му е доверено управувањето на друштвото како на одбор на директори во едностепениот систем на управување, на управен одбор или на управител во двостепениот систем на управување, односно на управител, односно управители (...) во друштво со ограничена одговорност;²⁶ и 3) „орган за надзор“ е органот во друштвото со ограничена одговорност, односно во акционерското друштво (надзорен одбор или контролор) чии овластувања се поврзани со надзорот над работењето на друштвото, а особено на работата на органите на управување.²⁷

Согласно со одредбата од член 350 од ЗТД, правата и обврските на извршните членови на одборот на директорите, на членовите на управниот одбор, односно на управителот, покрај императивните права и обврски определени со ЗТД, можат да бидат определени со договор за уредување на односите меѓу друштвото и извршен член на одборот на директорите, член на управниот одбор, односно управителот. Генерално, во рамките на ваквите договори се вклучени и различни клаузули за заштита на информации кои како доверливи ги стекнале во време на извршување на нивните должности во трговското друштво во кое тие се ангажирани.

Согласно со одредбите од член 371 став (5) и член 375 став (3) од ЗТД, извршните членови односно управниот одбор кај акционерското друштво, заради извршување на нивните овластувања, можат да назначат раководни лица кои го вршат секојдневното водење на работењето на друштвото во согласност со одлуките, насоките и налозите на извршните членови на одборот на директори.

ЗТД поставува општ стандард на однесување на членовите на организациите на управување и надзор. Така, „внимание на уреден и совесен трговец“ е правен стандард за утврдување на одговорноста на лицата одговорни за управување и за надзор на друштвата, со којшто се определува со какво внимание овие лица треба да ги вршат доверените работи во друштвото, односно да се однесуваат со внимание на способен и (во работењето на друштвото) вешт човек (професионалец), при што тие одговараат за обична небрежност при вршењето на доверените работи, освен ако со друг закон не е определено дека одговараат само за груба небрежност.²⁸

Членот на органот на управувањето, односно на надзорниот одбор е должен овластувањата што му се дадени со законот за трговските друштва и со статутот првенствено да ги врши во (а) интерес на друштвото (*intérêt social*, *Gesellschaftswohl*) и (б) во интерес на сите акционери со внимание на уреден и совесен трговец и не може да ги пренесе своите овластувања на друг член на органот на управување, односно на надзорниот одбор.²⁹ Обврската за постапување со внимание на уреден и совесен трговец, како и обврската за чување деловна тајна на друштвото, за управителот на друштво со ограничена одговорност е уредена во член 241 од ЗТД.

²⁵ Види: член 3 став (1) точка 33) од ЗТД.

²⁶ Види: член 3 став (1) точка 34) од ЗТД.

²⁷ Види: член 3 став (1) точка 35) од ЗТД.

²⁸ Види: член 3 став (1) точка 5) од ЗТД.

²⁹ Види: член 361 став (1) од ЗТД.

Членовите на органот на управување, односно на надзорниот одбор во акционерското друштво се должни како деловна тајна да ги чуваат сите извештувања и податоци што на кој било начин се однесуваат на работењето на друштвото, а кои ги добиле како доверливи.³⁰

Членовите на органите на управување се должни да ги штитат првенствено интересите на друштвото и со тоа тие имаат поизразена одговорност, која се темели на нивната положба на членови на органи на управување во друштвото, а не на самиот договор за уредување на односите меѓу друштвото и член на орган на управување. Во споредбеното право овој степен на внимание, односно обврските и должностите на членовите на органите на управување и на раководни лица се нарекуваат фидуцијарни обврски или должности.³¹ Фидуцијантот ги пренесува своите средства (имот) на фидуцијарот како човек на кого му верува, со оглед дека и самиот латински збор *fides* значи доверба.³²

Управниот одбор во АД има најшироки овластувања во управувањето со друштвото, односно во вршењето на сите работи сврзани со водењето на работите и на тековните активности на друштвото и да дејствува во сите околности од име на друштвото во рамките на предметот на работењето на друштвото, со исклучок на овластувањата коишто изречно му се дадени на собранието и на надзорниот одбор.³³

Како критериуми за утврдување на потребното внимание се земаат: придржување до правилата кои се однесуваат на внатрешниот живот на друштвото; придржување до правилата кои се однесуваат на дејствувањето на друштвото кон трети лица; остварување на потребната меѓусебна соработка на членовите на органите на управување и на надзор; придржување, покажување во секоја прилика лојалност кон друштвото и кон акционерите/содружниците; придржување до разумните граници кои се поставуваат на слободната претприемачка процена на лицата кои ги водат работите на друштвото³⁴ и други.

³⁰ Види: член 361 став (2) од ЗТД. Повеќе за обврската за деловна тајна, види дел 3 од овој труд.

³¹ Највоопштено, под „фидуцијарна одговорност“ на директорите се подразбира истапување на директорите во најдобар интерес на компанијата и на сите акционери. Се работи за концепт иницијално развиен во римското право, а доизграден во вид на доверба (trust) во духот на обичајното, англиско право (self dealing, no-conflict rule, no-profit rule - misusing corporate opportunity). Види повеќе: Mirko S. Vasiljević, *Korporativno upravljanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Profinvest d.o.o. Beograd, 2007, str. 141-153.

³² Види: Johnston David, *Trust and Trust-like Devices in Roman Law*, во Helmholz Richard, Zimmermann Reinhard, *Itinera Fiduciae Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Dancher & Humbolt, Берлин, 1998, стр. 45.

³³ Види: член 375 став (1) од ЗТД.

³⁴ На пример, на управата мора да ѝ се дозволи да презема претприемачки ризик, но при преземањето ризик (донесување одлуки) треба да се употреби потребното внимание кое се бара во соодветната струка. Своите должности директорите треба да ги усвојуваат врз основа на разумна информираност и без судир помеѓу сопствените интереси и интересите на друштвото. Особено треба да се земе предвид какви последици би можеле да настанат за друштвото доколку настани преземениот и предвиден ризик. За да им се помогне на директорите полесно да се соочат со овие деловни предизвици и ризици, без опасност да бидат тужени за надомест на штета поради нивна лична или колективна одговорност, судовите, најмногу во Соединетите Американски Држави, во својата практика почнале да развиваат една доктрина за тоа кои и какви одлуки на органите на управување можат, а кои не можат да се оспоруваат. Тоа е правилото за пресумпција на добри деловни одлуки (Business Judgment Rule). Ова правило, всушност, укажува дека не е фер да се очекува дека тие коишто се занимаваат со секојдневното управување да треба да

Секој член на органот на управување е должен да внимава на законитоста за работењето на друштвото и да се придржува до одредбите на статутот и на основните правила за уредно водење на работите на друштвото.³⁵ Покрај одговорноста која членовите на органот на управување и на надзор ја имаат кон самото друштво, во одредени случаи, тие може да бидат одговорни и кон неговите членови/акционери со оглед дека односите помеѓу друштвото и акционерите според својата природа се *in personam* односи.

Членовите на органот на управување особено ќе се сметаат за одговорни за штета ако спротивно на овој закон: 1) на акционерите им го вратат она што тие го вложиле во друштвото; 2) на акционерите им исплатат камата или дивиденда; 3) запишат, стекнат, земат во залог или ако ги повлечат акциите на друштвото; 4) го разделат имотот на друштвото; 5) извршат исплати по настапувањето на неспособноста на друштвото за плаќање, односно по настапувањето на презадолженоста на друштвото; 6) поднесат неvistинита годишна сметка и финансиски извештаи; 7) ги злоупотребат и неовластено ги користат средствата на друштвото; и 8) при условното зголемување на основната главнина издаваат акции, спротивно на целта, или издаваат акции пред акциите од претходната емисија да бидат уплатени во целост.³⁶

Сепак, важно е прво да била донесена валидна одлука на акционерското собрание. Дополнително донесена одлука со која би се „покрила“ претходната состојба не ја намалува одговорноста на членовите на органот на управување. Но, одговорноста не се исклучува ако акционерското собрание донело одлука врз основа на погрешни податоци кои им биле поднесени од страна на членовите на управата/надзорот (види, на пример, член 412 став (2) од ЗТД).

Ако членовите на органот на управување не ги отстранат незаконитостите од постапувањата според одредбите од овој член, акционерите имаат право од членовите на органот на управување да бараат надомест на штета. Ако член на органот на управување грубо ја повреди својата должност да постапува со внимание на уреден и совесен трговец, барање за надомест на штета можат да поднесат и доверителите на друштвото ако своите побарувања не можат да ги намират од друштвото. Неизвршните членови на одборот на директорите, односно членовите на надзорниот одбор солидарно одговараат за предизвикана штета на друштвото со извршните членови на одборот на директорите, односно со членовите на управниот одбор ако при давањето на претходното одобрение не постапувале со внимание на уреден и совесен трговец.

Посебно место во рамките на акционерските друштва, а во поглед на следење и откривање неправилности зазема службата за внатрешна ревизија. Согласно со член 415-а став (1) од Законот за трговските друштва, службата за внатрешна ревизија се организира како независна организациска единица. Во став (3) на член 415-а се уредени надлженостите на службата за вна-

донесуваат перфектни (безгрешни) одлуки во секое време. Разумните одлуки, дури и кога не се најпрофитабилни, не треба да се оспоруваат по судски пат од страна, првенствено, на незадоволните малцински акционери. За ова види повеќе: Коевски д-р Горан и Дарко д-р Спасевски, „Правилото на пресумпција на деловни одлуки (Business Judgment Rule) низ призмата на современото македонско компаниско право – ППДО“, „Деловно право“ (Business Law) – Списание за теорија и практика на правото, бр. 41/2019.

³⁵ Види: член 351 став (1) од ЗТД.

³⁶ Види: член 362 став (2) од ЗТД.

трешна ревизија, кои вклучуваат: оценка на адекватноста и ефикасноста на системите за внатрешна контрола; оценка на спроведувањето на политиките за управување со ризиците; оценка на поставеноста на информатичкиот систем; оценка на точноста и веродостојноста на трговските книги и финансиските извештаи; проверка на точноста, веродостојноста и навременоста во известувањето согласно со прописите и следење на почитувањето на прописите, политиките и процедурите на друштвото. Дополнително според став (4) од член 415-а, службата за внатрешна ревизија во акционерско друштвото чии акции котираат на берзата врши постојана и целосна ревизија на законитоста, правилноста и ажурноста на работењето на друштвото и преку следење на усогласеноста на организацијата и дејствувањето на друштвото во согласност со кодексот за корпоративно управување. Во член 415-б став (2) од ЗТД се предвидува обврската на службата за внатрешна ревизија за изготвување годишен план за работа што го одобрува органот на надзор. Согласно со член 415-г, „Службата за внатрешна ревизија е должна веднаш да ги извести органот на надзор и органот на управување доколку во текот на контролата утврди: 1) непочитување на стандардите за управување со ризиците поради што постои можност за нарушување на ликвидноста или солвентноста на друштвото и 2) дека органот на управување не ги почитува прописите и општите акти и интерните процедури на друштвото“.

Посебни одредби за заштитено пријавување на укажувачи се содржани во Кодексот за корпоративно управување на Македонската берза од октомври 2021 година.³⁷ Имено, во член 5.8 се предвидува следново: „Надзорниот одбор на друштвото се грижи да има уредена постапка за заштитено пријавување извршено од укажувач за сторени, како и за сомневање за сторени, прекршувања на законот или на внатрешните акти или етичкиот кодекс на друштвото. Подетални информации за постапката за заштитено пријавување се објавуваат на веб-страницата на друштвото. Со постапката се обезбедува укажувачите да не трпат негативни последици доколку пријават сомневање за прекршување“. Исто така, во член 5.8 се предвидува следново: „Сите прекршувања кои ќе бидат идентификувани преку оваа постапка веднаш се пријавуваат до надзорниот одбор за да одлучи кои активности ќе бидат преземени во врска со нив. Одборот за ревизија ја разгледува ефективноста на постапката и начинот на кој таа се применува, најмалку еднаш годишно“.

Дополнително, во поширок контекст треба да се истакнат и одредбите од делот 6 од Кодексот за корпоративно управување според кои: „Надзорниот и управниот одбор развиваат корпоративна култура која поттикнува одговорен однос кон животната средина и општеството, одобруваат стратегија за унапредување на одржливоста и водат сметка деловниот модел и системите за управување со ризици да го земат предвид можното влијание што го имаат активностите на друштвото на животната средина и пошироката општествена заедница“, како (...) и „Друштвото обезбедува навремено и точно обелоденување во јавноста на сите значајни прашања во врска со неговата финансиска состојба, работењето, сопственичката структура и корпоративното управување“.

³⁷ Види: <https://www.mse.mk/Repository/%D0%9A%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D1%81/KKU%20final%20-%20Copy%201.pdf>

**3. ЗАШТИТАТА НА ДЕЛОВНАТА ТАЈНА
НАСПРОТИ ЗАШТИТАТА НА ЈАВНИОТ ИНТЕРЕС
ПРЕКУ КОНЦЕПТОТ НА ЗАШТИТЕНО ПРИЈАВУВАЊЕ
(УКАЖУВАЊЕ)
ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА**

Во одредени ситуации, а заради заштита на јавниот интерес, заштитата на деловната тајна или други доверливи информации може да биде ограничена или исклучена.

Во Република Северна Македонија отсуствува *lex specialis* пропис со кој ќе се уреди деловната тајна. Сепак, генерално, треба да се истакнат неколку прописи. ЗТД содржи одредби со кои се уредува употребата, односно заштитата на деловната тајна во рамките на поединечно трговското друштво, како и одговорноста во поглед на евентуални злоупотреби.³⁸ Законот за облигационите односи³⁹ содржи неколку релевантни одредби кои се однесуваат на деловната тајна. Па така, согласно со член 9-а став (3) од ЗОО се предвидува дека „правните лица ги имаат сите наведени лични права, освен оние врзани за биолошката суштина на физичкото лице, а особено правата на добар глас и углед, назив односно фирма, деловна тајна, слобода на претприемаштво и други лични права на овие лица“. Законот за облигационите односи го уредува и прашањето за размена на класифицирани информации во фаза на преговори. Имено, согласно со член 22 став (4) од ЗОО, „ако едната страна, во текот на преговорите, ѝ дала на другата класифицирани или доверливи информации или ѝ овозможила да дојде до нив, другата страна, освен ако поинаку не е договорено или уредено со закон, не смее да ги направи достапни на трети лица, ниту да ги користи за свои интереси, без разлика дали подоцна договорот е склучен или не“, при што согласно со член 22 став (5) од ЗОО се предвидува дека „класификацијата на информациите, нивната заштита, како и обврските и одговорностите на создавачите и корисниците на класифицирани информации се врши согласно со закон“. Кои информации се сметаат за доверливи во деловната практика и работење се уредува со општ акт на правното лице.⁴⁰ Одредби за чување деловна тајна како одредби од императивен карактер се содржани и во низа посебни именувани договори, како што се договор за трговско застапување,⁴¹ договор за лиценца⁴² и договор за организирање патување⁴³.

Законот за хартии од вредност предвидува обврски за чување деловна тајна, на сите податоци и информации кои ќе ги добие за правно или физичко

³⁸ Види: член 241 и член 361 (2) од ЗТД.

³⁹ Види: „Службен весник на Република Македонија“, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03 и 84/08 – во понатамошниот текст „ЗОО“.

⁴⁰ Види: член 22, став (6) од ЗОО.

⁴¹ Застапникот е должен да ги чува деловните тајни на својот налогодавач за кои дознал во врска со договорената работа. Тој одговара ако ги искористи или на друг му ги открие и по престанувањето на договорот за трговско застапување. Види: член 855 од ЗОО.

⁴² Ако предметот на лиценцата го сочинува непатентиран пронајдок или тајно техничко знаење и искуство, стекнувачот на лиценца е должен да го чува во тајност. Види: член 754 од ЗОО.

⁴³ Известувањата што ќе ги добие за патникот, неговиот багаж и за неговите движења, организаторот може да ги соопштува на трети лица само со одобрение од патникот или по барање од надлежниот орган. Види: член 921 од ЗОО.

лице во текот на своето работење депозитарот⁴⁴, берзата,⁴⁵ брокерската куќа⁴⁶ и инвестициски фонд⁴⁷. Една од спецификите на ЗХОВ е тоа што овој закон предвидува и дефиниција на поимот деловна тајна која ја има во контекст на овој закон. Имено, како „деловна тајна“ се подразбира податок, документ или информација која овластениот учесник на пазарот на хартии од вредност при работењето ја добива за правно или физичко лице и која треба да ја чува во тајност и соодветно да ја заштити“.⁴⁸

Ограничувања во поглед на заштитата на јавниот интерес се предвидени и во член 5 од Директивата на ЕУ 2016/943⁴⁹. Имено, согласно со оваа одредба, државите-членки ќе го одбијат барањето за правна заштита кога наводното прибавување, користење или откривање деловна тајна е направено а) поради остварување на правото на слобода на изразување и информирање кое е утврдено во Повелбата на Европската Унија за темелните права, вклучително и почитување на правото на слобода на медиумите и плурализам на медиумите, б) поради откривање пропусти, престапи или незаконски активности, под услов странката која ја прибавила, користела или открила деловната тајна тоа да го направила заради заштита на јавниот интерес в) поради откривање деловна тајна од страна на работници на своите претставници во рамките на законското извршување на функциите на нивните претставници, во согласност со правото на Унијата и на националното право, под услов откривањето на деловната тајна да било потребно за нивното извршување и г) во смисла за заштита на легитимни интереси признати со правото на Унијата или на националното право.

4. ПРАВНА РАМКА ЗА ЗАШТИТА НА УКАЖУВАЧИТЕ ВО ПРИВАТЕН СЕКТОР ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

Во Република Северна Македонија во сила е Законот за заштита на укажувачи⁵⁰. Согласно со член 2 став (1) од Законот за заштита на укажувачи, „заштитено пријавување во смисла на овој закон е пријавување со кое согласно со овој закон се пренесува разумно сомневање или сознание дека е извршено, се извршува или е веројатно дека ќе се изврши казниво или друго незаконито или недозволиво постапување со кое се повредува или загрозува јавниот интерес“. Во тој контекст, јавниот интерес е дефиниран како „заштита на основните слободи и права на човекот и граѓанинот признати со меѓународното право и

⁴⁴ Види: член 48-а, од Законот за хартии од вредност („Службен весник на Република Македонија“ бр. 95/2005; 25/2007; 7/2008; 57/2010; 135/2011; 13/2013; 188/2013; 43/2014; 15/2015; 154/2015; 192/2015; 23/2016 и 83/2018 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 31/2020 и 288/2021 – (во понатамошниот текст ЗХОВ).

⁴⁵ Види: член 87-а од ЗХОВ.

⁴⁶ Види: член 125-а од ЗХОВ.

⁴⁷ Види: член 152-с од ЗХОВ.

⁴⁸ Види: член 2, точка 5а, од ЗХОВ.

⁴⁹ Види: Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (Text with EEA relevance), достапно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0943>, пристапно на 14.3.2022.

⁵⁰ Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 196/2015 и 35/2018 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 257/2020.

утврдени со Уставот на Република Северна Македонија, спречување на ризиците за здравјето, одбраната и безбедноста, заштита на животната средина и на природата, заштита на сопственоста и на слободата на пазарот и претприемаштвото, владеење на правото и спречување на криминалот и корупцијата“. Во Законот за заштита на укажувачи се определува и категоријата лица кои може да се јават како укажувачи. Имено, категории лица кои можат да се јават во својство на укажувачи се: лице кое има засновано работен однос на неопределено или определено време во институцијата, односно правното лице за каде што пријавува; кандидат за вработување, кандидат за волонтер или практикант во институцијата, односно правното лице за каде што пријавува; лице кое е или било волонтер или практикант во институцијата, односно правното лице за каде што пријавува; лице кое по кој било основ е или било ангажирано за извршување работа од институцијата, односно правното лице за каде што пријавува; лице кое по кој било основ е или било во деловен однос или друг однос на соработка со институцијата, односно правното лице за каде што пријавува; и лице кое користи или користело услуги во институцијата, односно правното лице во јавниот и приватниот сектор за каде што пријавува.⁵¹

Примената на Законот за заштита на укажувачи врз субјектите на трговското право произлегува од член 2 став (5) од Законот за заштита на укажувачите кој гласи: „Под поимот правно лице во смисла на овој закон се подразбира правно лице регистрирано во трговскиот регистар или регистарот на други правни лица кои ги води Централниот регистар на Република Македонија, а кое не е опфатено со поимот институција од став (4) на овој член“.

На направено пријавување, согласно со Законот за заштита на укажувачите, во приватниот сектор се применува Правилникот за насоки за донесување внатрешни акти за заштитено внатрешно пријавување во правното лице во приватниот сектор.⁵² Преку овој правилник, односно член 2 од него, се поставува правната рамка за донесувањето на внатрешните акти на трговските друштва што произлегуваат од Законот за заштита на укажувачите. Дополнително, во член (3) од Правилникот се предвидува следново: „Здружение, комора или друга форма на организација на здружени правни лица во приватниот сектор каде што е воведено и воспоставено заштитено внатрешно пријавување може со процедурите, односно каналот за заштитено внатрешно пријавување да опфати и повеќе правни лица, така што правните лица кои со свој акт пристапиле да ја користат процедурата, односно каналот за заштитено внатрешно пријавување во организацијата на здружени правни лица ќе се смета дека имаат воведено заштитено внатрешно пријавување согласно со актот донесен од страна на организацијата“. На тој начин се овозможува во рамките на едно здружение, односно комора да биде организирано заедничко внатрешно пријавување за повеќе нивни членки.

⁵¹ Види: член 2 став (3) од Законот за заштита на укажувачи.

⁵² „Службен весник на Република Македонија“, бр. 46/2016.

5. ЗАКЛУЧОК

Со низата корпоративни скандали во Соединетите Американски Држави, а пред сè со случајот Енрон, кој, всушност, е разоткриен од страна на вработен во друштвото, се поставува прашањето за соодносот помеѓу фидуцијарната обврска на членовите на органите на друштвото за чување деловна тајна и за лојалност кон друштвото наспроти обврската за заштита на јавниот интерес преку пријавување незаконски и неетички активности во трговското друштво. Во таа смисла, на пример, во Соединетите Американски Држави се донесени низа законски прописи кои имаат цел да ги поттикнат укажувањата во приватниот сектор, вклучуваќи ги банките, инвестициските фондови, пазарот на капитал итн. Покрај поттикнување на укажување, овие прописи тежнеат и кон создавање механизми кои ќе овозможат заштита на укажувачот. Дополнително, треба да се забележи дека и во земјите на Европската Унија, покрај основните законски прописи за заштита на укажувачите, се донесени еден вид *lex specialis* прописи за заштита на укажувачи кај пазарот на капитал. Во таа насока е и Директивата 2014/65/ЕУ за пазарот на финансиски инструменти и измени на Директивата 2002/92/ЕЗ и Директивата 2011/61/ЕУ. Во Република Северна Македонија во 2015 година е донесен Законот за заштита на укажувачите. Генерално, Законот за заштита на укажувачите се применува и на приватниот сектор, но не се содржани посебни одредби со кои попрецизно се уредуваат спецификите на укажувањата во приватниот сектор. Посебни одредби за заштита на укажувачи и примање пријави од укажувачи се содржани во Кодексот за корпоративно управување на Македонската берза за хартии од вредност, но, исто така, треба да се нагласи на ограничувањето на Кодексот, со оглед на тоа дека се применува само на акционерски друштва кои котираат на Берзата. Во таа смисла, соодветно би било воведување специфични одредби за поширока заштита на укажувачите во приватниот сектор во посебни законски прописи.

THE CORRELATION BETWEEN THE FIDUCIARY DUTIES OF THE MEMBERS OF THE COMPANIE'S BOARDS AND THE CONCEPT OF WHISTLEBLOWING

(Summary)

The members of the bodies of the companies are responsible for their actions towards the company and towards the shareholders of the company. Their obligations are regulated by the company's internal acts, by the managerial agreements and by the provisions of the Company Law. In that sense, their obligations include the obligations for protection of the interests of the company, as well as for keeping a business secret. On the other hand, with the emergence of the concept of whistleblowers, the dilemma arises to what extent the members of the bodies of the company are obliged to protect the private interest of the company, and where begins their obligation to protect the public interest through their obligation to report illegal and unethical behavior. With this paper, the authors make an analysis of the comparative experiences and the approach of the national legislation in relation to the treated issue.

Key words: bodies of the company, protection of the interests of the company, whistleblowers

ЛИТЕРАТУРА:

1. Avinash Singh, "Institutionalizing structured whistle blowing policy for Corporate Governance", SOA National Institute of Law, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3069392
2. Deborah Demott, "Whistleblowers: Implications for corporate Governance", Washington University Law Review, Vol. 98, 2021, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3864994
3. DIRECTIVE (EU) 2019/1937 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, достапна на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937>, пристапено on 20.2.2022
4. "Guidelines on Whistleblower Protection for Companies in Greece", OECD достапно на <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Guidelines-Whistleblower-Protection-Companies-in-Greece-ENG.pdf> пристапено на 10.3.2022
5. "ICC Guidelines on Whistleblowing Prepared by the ICC Commission on Anti-Corruption", достапно at <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/06/ICC-Whistleblowing-Guidelines.pdf>, пристапено on 20.2.2022.
6. Johnston David, Trust and Trust-like Devices in Roman Law, во Helmholz Richard, Zimmermann Reinhard, Itinera Fiduciae Trust and Treuhand in Historical Perspective, Dancher & Humbolt, Берлин, 1998
7. Leonard M. Baynes, "Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarba-

- nes-Oxley Act”, t St. John’s Law Review, available at <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1371&context=lawreview>, accessed on 19.2.2022.
8. Mark L. Krotoski, Greta L. Burkholder, Jenny Harrison, Corey R. Houmand, „The Landmark Defend Trade Secrets Act of 2016”
 9. Коевски д-р Горан и Дарко д-р Спасевски, „Правилото на пресумпција на деловни одлуки (Business Judgment Rule) низ призмата на современото македонско компаниско право – ППДО“, „Деловно право“ (Business Law) – Списание за теорија и практика на правото, бр. 41/2019
 10. Mirko S. Vasiljević, Korporativno upravljanje, Pravni fakultet Univerzитета u Beogradu, Profinvest d.o.o. Beograd, 2007
 11. “Whistleblower protection: global guide”, Freshfields Bruckhaus Derringer, available at <https://www.freshfields.com/4a26ac/globalassets/services-page/people-and-reward/whistleblower-protection-global-guide-may-20192.pdf>, accessed on 25.2.2022.
 12. “Whistleblowing and Corporate Governance the Role of Internal Audit in Whistleblowing”, Chartered Institute of Internal Auditors, достапно на https://www.iaa.org.uk/media/537988/final_0795_iaa_whistleblowing_report_30-1-14.pdf, пристапено на 12.3.2022
 13. Правилникот за насоки за донесување на внатрешни акти за заштитено внатрешно пријавување во правното лице во приватниот сектор, „Службен весник на Република Македонија“, бр. 46/2016.
 14. Закон за трговските друштва „Службен весник на Република Македонија“ бр. 28/2004; 84/2005; 25/2007; 87/2008; 42/2010; 48/2010; 24/2011; 166/2012; 70/2013; 119/2013; 120/2013; 187/2013; 38/2014; 41/2014; 138/2014; 88/2015; 192/2015; 6/2016; 30/2016; 61/2016; 64/2018 и 120/2018 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 290/2020 и 215/2021
 15. Закон за облигационите односи „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 215/2021
 16. Закон за хартии од вредност „Службен весник на Република Македонија“ бр. 95/2005; 25/2007; 7/2008; 57/2010; 135/2011; 13/2013; 188/2013; 43/2014; 15/2015; 154/2015; 192/2015; 23/2016 и 83/2018 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 31/2020 и 288/2021
 17. Закон за заштита на укажувачи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 196/2015 и 35/2018 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 257/2020

Д-р Ангел Ристов, редовен професор на
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

Д-р Дејан Мицковиќ, редовен професор на
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

НАСЛЕДНИТЕ ПРАВА НА ЧУВАНИК И ХРАНИТЕЛ: РЕАЛНОСТ ИЛИ ЗЛОУПОТРЕБА ВО МАКЕДОНСКОТО НАСЛЕДНО ПРАВО

364.6-058.856/.866:347.65(497.7)
изворна научна статија

Македонското наследно право нема претрпено позначајни реформи со децении. Постојното право сè уште се базира на принципите и решенијата од поранешниот правен поредок и покрај промените во правниот, економскиот и политичкиот систем. Покрај ова, во последните децении во брачните и семејните односи се случуваат драматични промени кои посредно имаат влијание и на наследноправните односи, доведувајќи ги во прашање оправданоста и постоењето на одредени институти. Еден од нив е и наследувањето помеѓу чуваникот и хранителот врз основа на живеење во трајна заедница, која како клучен факт за определување на законските наследници беше воведена во седумдесеттите години на минатиот век. Оттогаш, па до денес, овој институт сè уште опстојува во нашето наследно право и покрај тоа што како таков не е познат во важечкото семејно право. Во трудот авторите го анализираат наследувањето на чуваникот и хранителот врз основа на живеење во трајна заедница со цел да одговорат на прашањето дали во денешни услови на живеење тој не е надживеан, дали реално е потребен или, пак, се злоупотребува за да се добие наследството на оставителот. Одговорот на ова прашање е од големо значење со оглед на сè позачестените оставински предмети кај нотарите во кои како законски наследници се пријавува како единствен законски наследник чуваникот по основ на живеење во трајна заедница со оставителот.

Клучни зборови: законско наследување, чуваник, хранител, трајна заедница.

Општо

Законските наследници на оставителот во нашето наследно право се определуваат врз основа на определени клучни факти, како што се сродството, брачната врска и живеењето во трајна заедница.¹ Семејните односи не на-

¹ Види кај: Миле Хацивасилев-Вардарски, *Наследно право*, „Култура“, Скопје, 1983; Љиљана Спиrowиќ Трпенoвска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2010; Љиљана Спиrowиќ Трпенoвска, Дејан

стануваат само помеѓу лица кои се поврзани со сродство, туку и помеѓу лица кои не се во сродство. Станува збор за установата хранителство и сместување на едно лице во дом, со помош на кои се обезбедува семејна и социјална заштита на лица кои останале без родителска грижа и не се во можност да се грижат самите за себе.² Хранителството претставува однос помеѓу хранителот (полнолетно деловно способно лице) и чуваникот (малолетно лице), кој настанува врз основа на обичајот да се земе, чува и одгледува туѓо малолетно дете како свое, без каков било формален акт на државата.³ Во таа смисла, хранителството претставува фактички семеен однос кој настанува заради чување и одгледување малолетно лице за негово оспособување за самостоен живот како свое родено дете. Најчесто, хранителството се засновува од страна на двајцата брачни партнери кои прифаќаат да земат туѓо малолетно дете доведувајќи го во својот дом со цел да се грижат за него. Во минатото, хранителството било многу практикувано поради бројните елементарни непогоди, војни, болести кога голем број деца останувале без своите родители.⁴ Тоа било еден вид фактички начин на посвојување дете.⁵ Освен фактичкото засновување, хранителството било возможно да настане и со договор помеѓу хранителот и родителите или старателот на детето. Постоенето на овој фактички семеен однос придонел законодавецот да предвиди наследни права помеѓу чуваникот и хранителот по основ на живеење во трајна заедница.⁶ Законот за наследување од 1996 година во голема мера ги презеде решенијата од поранешното законодавство, вклучително и овој институт, за кој многу малку е пишувано и истражувано.⁷ За разлика од наследното право, Законот за семејството од 1992 година не го познава и уредува институтот хранителство.⁸ Согласно со член 40 став 2 од Уставот, во Законот за семејството се утврдува обврска на родителите да се грижат за своите деца, од една страна, и се одредува можноста на Републиката да интервенира кога се загрози интересите на децата во односите со нивните родители, од друга страна.⁹ Стварна надлежност во вршењето надзор над вршењето на родителското право има центарот за социјална работа кој има широки овластувања да презема мерки во согласност со најдобриот интерес на детето.¹⁰

Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2011; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за наследувањето*, „Стоби трејд“, Скопје, 2015; Кирил Чавдар, *Коментар на Законот за наследувањето*, „Академик“, Скопје, 1996.

² Повеќе види кај Миле Хаџивасилев, *Семејно право*, „Студентски збор“, 1990, стр. 323-324.

³ Миле Хаџивасилев, *Семејно право*, стр. 323.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Миле Хаџивасилев-Вардарски, *Наследно право*, „Култура“, Скопје, 1983, стр. 114-118

⁷ Види кај Љиљана Спировиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, „Блесок“, Скопје, 2010.

⁸ Види Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право*, „Стоби трејд“, Скопје, 2015.

⁹ Повеќе кај Борислав Батик, Надзор над вршењето на родителското право, *Семејното законодавство на Република Македонија*, ред. Кирил Чавдар, Скопје, 1994, стр. 128-129.

¹⁰ *Ibidem*.

Наследување на чуваникот и хранителот по основ на живеење во трајна заедница

Во нашето наследно право можноста да се наследува врз основа на живеење во трајна заедница за одреден круг лица, меѓу кои спаѓаат и чуваникот и хранителот, првпат беше воведена со Законот за наследување¹¹ од 1973 година.¹² Според професорот Хаџи Василев, „живеењето во трајна заедница е нова околност, односно нов самостоен факт, врз основа на кој во наследното право на СР Македонија се вклучени определен број лица во редот на законските наследници. Лицата кои врз таа основа стануваат законски наследници ја имаат истата наследноправна положба во сè како и сите други законски наследници“.¹³ Вакви заедници на живеење настануваат најчесто кога некое лице ќе остане само без свое поблиско семејство. „Создавајќи трајна заедница на живеење, овие лица **остануваат да живеат во едно заедничко домаќинство сè до смртта**, па оттука сосем е оправдано тие да се појават и како меѓусебни законски наследници, исклучувајќи ги подалечните роднини, кои во вакви ситуации престанале еден на друг да си бидат толку блиски“.¹⁴

Во минатото, како најчест случај на создавање трајна заедница на живеење во едно семејство, односно домаќинство, се јавувало заедничкото живеење на чуваник и хранител. Професорот Хаџи Василев истакнува дека „тоа одамна се случувало и денес се случува во нашите села, каде што постоел обичај без каква било формалност да се зема туѓо малолетно дете (сираче) и да се одгледува како свое. Овие лица најчесто остануваат во едно домаќинство до крајот на животот“.¹⁵ Како чуваник се јавува и дете родено од мајка која не е во брак или дете кое во раната младост ќе остане сирак или од други причини без обата родители. Чуваникот, кога хранителите се без деца, честопати го носи дури и презимето на својот хранител, особено кога е земен како сосема мало дете, па оттука и нивниот однос добива однос на посвоено, односно на родено дете и создадената заедница останува да трае сè до смртта на хранителот или на чуваникот.¹⁶

Ваквата исклучително ретка можност во споредбеното право,¹⁷ меѓусебно да се наследуваат чуваник и хранител по основ на живеење во трајна заедница, ја презеде и Законот за наследување од 1996 година.^{18, 19} Согласно со овој закон, чуваник е „**дете што некое лице (хранител) го довело кај себе да го чува и одгледува како свое, а не го посвоило**“ (чл. 29 ст. 4). Со осамостојувањето на Македонија во 1991 година, беше донесен новиот либерално-демо-

¹¹ „Службен весник на СРМ“ бр. 35/73 и 27/78.

¹² Види кај Миле Хаџивасилев-Вардарски, *Наследно право...*, стр. 114-118.

¹³ *Ibid*, стр. 114.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Lucia Ruggeri, Ivana Kunda, Sandra Wincler et alt., *Family Property and Succession in EU Member States*, Sveučilište u Rijeci, 2019; Luis Garb, *International Succession*, Kluwer Law International, 2004.

¹⁸ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

¹⁹ Во наследните права на Русија, Украина и Шпанија, посебна правна заштита е предвидена на лицата со посебни потреби доколку живееле одреден период со оставителот пред неговата смрт.

кратски Устав со кој се установи ново општествено-правно и политичко уредување. Во своите одредби Уставот пропишува дека „Републиката им обезбедува посебна заштита на децата без родители и децата без родителска грижа“ (чл. 40 ст. 4). Оваа одредба претставува и посебно начело во семејното право што ја наметнува дилемата дали може во денешни околности сè уште да постои институтот чуваник и хранител. Хранителството како установа со која се обезбедува висок степен на родителска грижа над малолетно дете не беше уредена и со Законот за семејството од 1992 година, и покрај тоа што е неспорен неговиот семеен карактер!²⁰

Наследноправната положба на чуваникот и хранителот

Нашето наследно право е едно од ретките кое покрај брачната врска и крвното сродство, како клучен фактор за определување на наследниците, го предвидува и *живеењето во трајна заедница* во рамките на вториот законски наследен ред.²¹ Кога оставителот не оставил потомци, на наследство се повикуваат наследниците од вториот наследен ред. Во вториот наследен ред влегуваат *родителите и брачниот партнер на оставителот* (чл. 16 ст. 1 од ЗН). Врз основа на *равнојакото наследство*, во овој наследен ред на наследство се повикуваат *браќата и сестрите на оставителот и нивните потомци* на местото на едниот или двајцата родители.²²

Во вториот наследен ред влегуваат и *лицата кои живееле во трајна заедница со оставителот*: чуваникот и хранителот, посинокот и паштерката и очувот и маќеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лица кои се крвни роднини, кои живееле во трајна заедница (чл. 29 ст. 1 од ЗН).²³ Согласно со законските одредби, *лицата што живееле во трајна заедница со оставителот се повикуваат на наследство, доколку таа заедница траела најмалку пет години непрекинато* од засновувањето на односите па сè до смртта на оставителот (чл. 29 ст. 3). Законодавецот *иаксативно* ги набројува *лицата* што живееле во трајна заедница, а тоа се: чуваникот и хранителот, посинокот и паштерката и очувот и маќеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лица кои се крвни роднини.

Од наведеното произлегува дека за да може чуваникот и хранителот меѓусебно да се наследуваат, покрај другото, е неопходно да бидат исполнети следниве услови:

1. оставителот да не оставил родители, браќа и сестри;
2. да постоела заедница на живот помеѓу хранителот и чуваникот, односно овие лица да живееле во исто домаќинство;

²⁰ За ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството*, „Стоби трејд“, Скопје, 2015; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право*, „Стоби трејд“, Скопје, 2015. За разлика од македонското право, хранителството е уредено во семејните закони на Србија и Црна Гора. Види повеќе кај Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2010.

²¹ Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследно право*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје, 2019.

²² *Ibidem*.

²³ Повеќе за живеењето во трајна заедница и законското наследување, види кај: Миле Хаџивасилев-Вардарски, *op. cit.*, стр. 114-118.

3. заедницата на живот да траела најмалку пет години непрекинато од засновувањето на односите па сè до смртта на оставителот.²⁴

Лицата кои живееле во трајна заедница, вклучително чуваникот и хранителот, имаат различна наследноправна положба во зависност од тоа со кои наследници се повикани на наследство. Кога умрениот не оставил брачен партнер и други наследници од првиот наследен ред и родители, браќа и сестри, лицата кои живееле во трајна заедница се јавуваат како исклучиви наследници на целата оставина. Во овој случај, овие лица ја наследуваат *целата оставина на еднакви делови*. Така, на пример, ако оставителот не оставил брачен партнер, потомци, ниту родители и браќа и сестри, а останал само чуваникот којшто живеел во трајна заедница со оставителот, тогаш тој ќе се јави како единствен наследник на целата оставина.

Во нашето наследно право лицата што живееле во трајна заедница со оставителот *ти исклучуваат од наследството децата на браќата и сестрите (внуците на оставителот) и нивните йонајќамошни йојќомци*, кои во спротивно, доколку не би постоеле овие лица, би наследиле врз основа на правото на претставување.²⁵ Освен овие наследници, лицата што живееле во трајна заедница *ти исклучуваат и наследниците од првиот наследен ред*. Кога на наследство е повикан брачниот другар заедно со лицата што живееле во трајна заедница, тогаш тие ја наследуваат на еднакви делови едната половина од делот од оставината што би го наследиле родителите, односно браќата и сестрите на оставителот, додека брачниот партнер ја наследува другата половина од оставината (чл. 29 ст. 2 од ЗН).

Во судската пракса во минатото беа ретки случаите кога на наследство се повикуваа лицата што живееле во трајна заедница, како што е тоа случај со чуваникот и хранителот.²⁶ Сепак, во последните години се забележани поголем број случаи во оставинските предмети кај нотарите кога на наследство како единствен законски наследник се пријавуваат лица кои со оставителот биле во однос на хранител и чуваник и живееле во трајна заедница. Во ваков случај нотарите се исправени пред дилемата како да постапуваат: дали да го прогласат чуваникот, само врз основа на изјавата, за единствен законски наследник; дали да бараат дополнителни докази за постоењето на заедницата на живот и да го упатат чуваникот на спор и слично. Се поставува и прашањето дали не е потребно за ваквиот случај да биде известно и државното правобранителство со оглед на тоа дека во ваков случај се засегнати и интересите на државата на која ѝ припаѓа оставината без наследник.

Со оглед на тоа дека институтот чуваник и хранител произлегува од обичајното право, не постојат официјални документи издадени од надлежни орга-

²⁴ Повеќе види кај Borislav Blagojević, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, 1988, стр. 92.

²⁵ Повеќе за ова види кај: Ангел Ристов, „Правото на претставување, правото на прираснување и наследничката трансмисија“, *Нотариус*, бр. 22, Нотарска комора на Република Македонија, 2013; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Наследување врз основа на правото на претставување“ *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Љиљана Ситровиќ Триеновска*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2013.

²⁶ Во случај кога на наследство се повикани брачниот другар на оставителот и неговиот чуваник, тогаш оставината ја наследуваат чуваникот и брачниот другар на оставителот на еднакви делови, но доколку брачниот другар на оставителот се откаже од оставината, тогаш целата оставина ја наследува чуваникот. (*Пресуда на Апелациониот суд Штип ГЖ бр. 1434/09 од 11.11.2010 година*).

ни со кои се потврдува нивниот статус. Поради тоа, според преовладувачкото становиште во судската пракса, статусот на чуваник и хранител претставува прашање од фактичка природа и тој може да се утврди со изведување докази, како што се сослушување сведоци, службени исправи, приватни исправи и слично.²⁷ Живеењето во трајна заедница се утврдува во секој конкретен случај. Еден од начините на утврдување на тој факт е со увид во личната карта на хранителот и чуваникот, со претпоставка за веродостојноста на податоците од личната карта како јавна исправа.²⁸

Меѓутоа, имајќи ги предвид посебностите во животните односи, како што се привремениот престој на друго место поради работа или други животни активности, тоа не би требало да претставува единствен доказ, така што претходно наведениот факт може да се докажува и врз основа на други докази.²⁹ Ова утврдување е слично на утврдувањето на една друга заедница, онаа која постоела помеѓу оставителот и неговите потомци или сродници кои придонеле при зголемување на вредноста на оставината на оставителот, па бараат да им се издвои вредност со која тие придонеле во оставината на оставителот (чл. 37 од ЗН).

Спорно прашање од процесно-правна природа е надлежноста за утврдување на статусот на чуваник и хранител во случај кога тоа е оспорено од страна на некој од учесниците во оставинската постапка. Според преовладувачкото мислење на судската пракса, нотарот е должен да ја прекине оставинската постапка и да го упати лицето кое го оспорува статусот на чуваник и хранител на парница, со цел судот во контрадикторна постапка да го утврди претходно наведениот статус, последователно, на што нотарот врз основа на утврденото од страна на судот ќе ја расправи оставината.³⁰ Во спротивно, голема е веројатноста ако не биде докажан статусот на лицето коешто тврди дека е чуваник или хранител да дојде до злоупотреба и измама на штета на оставината на оставителот.

Дали постои институтот чуваник и хранител во македонското право

Институтот чуваник и хранител се реликти од минатото, кога ова прашање било уредено од страна на обичајното право.³¹ Со текот на времето обичајот го губи своето значење наспроти законските прописи. Наместо него, државата презема посебна грижа за децата без родители и децата без родителска грижа. Поради тоа, во денешни услови на живеење категоријата чуваник и хранител е надмината и правно е невозможна. Поаѓајќи од Уставот и со Законот за семејството предвиденото начело на посебна грижа на државата за децата без родители и без родителска грижа, невозможно е некое полнолетно лице самото, без дозвола или одобрение на државата, да земе кај себе малолетно

²⁷ Види правно мислење за наследни права на чуваник и хранител на Стручниот совет на НКРСМ изготвено од судија Ирена Костадинова.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Така, Миле Хаџи Василев, *Наследно право*, „Култура“, Скопје, 1983, стр. 114.

лице дете и да се грижи за него.³² Во спротивно, таквото дејствие би добило специфики на одредено казниво дело.³³

Додека законодавецот институтот чуваник и хранител го оставил во наследното право, тој заборавил да го уреди во рамките на семејното законодавство. Поимот чуваник и хранител не се познати ниту во другите законски прописи со кои се уредува заштитата на децата. Во таа смисла се одредбите од Законот за социјална заштита од 2019 година,³⁴ кој го предвидува терминот *згрижување во семејство* (чл. 88) според кој: „Згрижување во семејство опфаќа основна заштита и 24-часовна грижа за *деца и возрасни лица* кои немаат свое семејство или немаат услови за живот во сопственото семејство. Згрижувањето може да се обезбеди како: 1) општо, 2) специјализирано, 3) повремено, 4) интервентно или 5) роднинско згрижување“.³⁵ Притоа, предвидено е и како посебен вид *роднинско згрижување* како „услуга за згрижување дете без родители и без родителска грижа во семејство на неговите баба, дедо, брат, сестра, вујко, чичко или тетка“ (чл. 93).

Согласно со законските прописи, за едно лице да биде згрижувач е потребно да исполни *бројни услови* предвидени со законот. Во таа смисла, член 122 пропишува дека „згрижувач може да биде лице кое ги исполнува следниве критериуми: да е полнолетно; да е деловно способно; да има општа здравствена состојба; да постои разлика во возраста меѓу згрижувачот и сместеното лице, и тоа најмалку 18 и најмногу 50 години; да не му е одземено или ограничено родителското право; да не му е изречена осуда за кривично дело со казна затвор повеќе од шест месеци; да има материјални и станбени услови за вршење на оваа услуга; и да има завршено *обука за згрижувач*, спроведена од центарот за поддршка на згрижувачки семејства. Овие критериумите важат и за полнолетните членови на семејството на згрижувачот кои живеат во

³² Повеќе види за ова кај Борислав Батиќ, *op.cit.*, стр. 128-139.

³³ Горѓи Марјановиќ, *Кривично право, оиши дел*, „Студентски збор“, Скопје, 1988; Владимир Камбовски, *Казнено право, оиши дел*, „Култура“, Скопје, 2004.

³⁴ „Службен весник на РСМ“ бр. 104/19.

³⁵ Член 89: „Општо згрижување е услуга преку која на сместените лица им се обезбедува задоволување на секојдневните потреби, грижа за личноста, воспитанието, образованието, развојот, здравствената состојба, во зависност од секојдневните потреби на сместеното лице. Корисници на услугата се: стари лица, деца без родители и родителска грижа, лица со попреченост“. *Ibid.*

Член 90: „Специјализирано згрижување е услуга преку која на сместените лица им се обезбедува општо згрижување на лицата и поддршка до надминување на социјалните проблеми, а која се обезбедува од страна на згрижувачи кои поминале специјализирана обука. Корисник на услугата е: дете жртва на семејно насилство, дете во ризик и дете во судир со законот, дете или лице со попреченост“. *Ibid.*

Член 91: „Повремено згрижувачко семејство обезбедува згрижување на дете или возрасно лице згрижено во друго згрижувачко семејство, како и за дете или возрасно лице со попреченост кое живее со родител/старател заради одмор, терапија, лекување и завршување на домашни, семејни и професионални обврски на згрижувачот, односно родителот/старателот. По престанокот на потребата од привремено згрижување, згрижувачкото семејство, односно родителот/старателот, ја продолжува грижата за детето или лицето“. *Ibid.*

Член 92: „Интервентно згрижување е услуга на краткорочно згрижување во семејство на лица за кои е неопходна итна заштита, до изнаоѓање соодветни облици на заштита, а најдолго до 30 дена. Корисници на услугата се: дете без родители и родителска грижа, деца од конфликтни семејства, жртви на насилство, жртви на трговија со луѓе и други лица чиј социјален проблем налага итно згрижување и заштита“. *Ibid.*

заедничко домаќинство. По исклучок, определената разлика во возраста меѓу згрижувачот и сместеното лице не се однесува доколку детето е сместено во роднинско згрижувачко семејство или доколку тоа е во интерес на детето, односно возрасното лице. Исполнетоста на критериумите ги утврдува центарот за социјална работа, врз основа на процена спроведена од центарот за поддршка на згрижувачките семејства“.

Згрижувачој има право на надоместок на трошоциите за сместување на лицето и надоместок за згрижување. Во случај на роднинско згрижување, надоместок за згрижување не се исплаќа на згрижувач кој има законска обврска за издржување на сместеното дете. Придонесот за пензиско и инвалидско осигурување и здравствено осигурување за згрижувачите кои вршат згрижување на лице во своето семејство како професионална дејност се обезбедуваат од Буџетот на Република Северна Македонија (чл. 123). Поаѓајќи од ова, се наметнува дилемата дали законодавецот го изедначува згрижувачот со хранителот? Дали институтот чуваник и хранител треба да се остварува низ призмата на одредбите за роднинско згрижување кое е најблиску до овој институт? Сепак, разликата која се однесува во однос на опфатот на лицата за кои не се исплаќа надомест, кога постои законска обврска за згрижувачот да ги издржува, начинот на засновање, бројните услови и контрола од ЦСР го прават институтот чуваник и хранител различен од роднинското згрижување и, воопшто, згрижувањето во семејство.

Сместување лице во згрижувачко семејство се врши врз основа на склучен договор меѓу центарот за социјална работа и згрижувачој. Со договорот се уредуваат особено: начинот и условите за сместување и престанок на сместувањето на лице во семејството; видот и обемот на социјалната заштита која му се обезбедува на лицето кое се сместува во згрижувачкото семејство, висината на надоместокот за сместеното лице, која ги опфаќа трошоциите на сместување и надоместокој за згрижување; времетраењето на договорот со можност за негово продолжување; условите за раскинување на договорот; отказниот рок за раскинување на договорот кој за згрижувачот не може да биде пократок од три месеци; случаите при кои престанува да важи договорот; и други права, обврски и одговорности во врска со згрижувањето. Центарот за социјална работа може еднострано да го раскине договорот и пред истекот на рокот утврден во договорот, секогаш кога тоа е во најдобар интерес на детето, односно интересите на лицето кое се сместува во згрижувачкото семејство (чл. 124)

Центарот за социјална работа ги следи и ги координира активностите поврзани со згрижувањето на лицето во згрижувачкото семејство. Згрижувачот е должен да постапува по дадените насоки од центарот за социјална работа за згрижување на сместеното лице и навреме да го известува центарот за социјална работа за сите промени и потреби на згриженото лице. Центарот за социјална работа може да смести најмногу пет лица во едно згрижувачко семејство, имајќи ги предвид условите и можностите за сместување на семејството. Поблиските критериуми за избор на згрижувачко семејство, видот и бројот на корисниците кои можат да се сместат во едно згрижувачко семејство и стандардите за давање на услугата според видот на згрижувањето ги пропишува министерот (чл. 125).

Законот за социјална работа предвидува можност и *физичко лице* да врши работи од социјална заштита како *професионална дејност*, кои се однесуваат на помош и нега во домот, згрижување во семејство, лична асистенција и одмена на семејна грижа, доколку ги исполнува следниве услови: да не му е одземена или ограничена деловната способност; да не му е одземено вршењето на родителското право; да има здравствена способност за вршење на дејноста; да има најмалку средно образование; да не му е изречена осуда за кривично дело со казна затвор над шест месеци; и да не му е изречена забрана за вршење на должност, дејност и професија (чл. 129). За да може физичкото лице да ги врши овие работи е потребно да поднесе барање до месниот надлежен центар за социјална работа. Центарот за социјална работа, во рок од 15 дена од денот на поднесувањето на барањето од став 1 на овој член, изготвува мислење за исполнетост на условите за самостојно вршење работи од социјална заштита како професионална дејност и го доставува до Комисијата за лиценцирање заедно со барањето и приложените докази за исполнетоста на условите од овој закон. Министерот, врз основа на мислењето на Комисијата за лиценцирање на даватели на социјални услуги и приложената документација, му издава на подносителот на барањето со решение дозвола за вршење на работите од членот.

Категоријата чуваник и хранител не е позната ниту во Законот за заштита на децата од 2013 година.³⁶ Притоа, овој закон предвидува можност дека „Физички лица можат да вршат одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца од предучилишна возраст како професионална дејност под услови утврдени со овој закон (чл. 84)“.³⁷ Притоа, Законот пропишува дека „Физичко лице во сопствениот дом може самостојно да врши одредени работи

³⁶ „Службен весник на РМ“ бр. 23/13, 12/14, 44/14, 144/14, 10/15, 25/15, 150/15, 192/15, 27/16, 163/17, 21/18 и 104/19.

³⁷ Член 86: „Физичко лице во сопствениот дом може самостојно да врши одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца, како професионална дејност и за организирање и остварување на згрижување или престој, нега и исхрана и за деца со пречки во менталниот развој или телесна попреченост до две деца на возраст до десет години живот и не помалку од два часа дневно“. *Ibid.*

Член 87: „(1) Физичко лице може самостојно да врши одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца како професионална дејност доколку ги исполнува следниве услови: да има најмалку средно образование; да не му е одземено вршењето на родителско право; да има општа и посебна здравствена способност; да не му е одземена или ограничена деловната способност; да не му е изречена казна со правосилна судска пресуда со која е осудено за кривично дело за семејно насилство, одземање на малолетно лице, негрижа или злоставување на малолетно лице или родосквернавење, за кривично дело од групата на дела против половата слобода, без оглед на изречената санкција и кај кое во согласност со закон е утврдено дискриминаторско однесување; и да располага со соодветен простор и опрема за работа, доколку физичкото лице работите ги врши во сопствениот дом, со тоа што просторијата каде што престојуваат децата треба да има површина од најмалку 15 м², просториите во кои ќе се одвиваат активностите со децата треба да се функционално поврзани и одвоени од просториите кои ги користи семејството. (2) Физичкото лице од став (1) на овој член не може да врши одредени работи во сопствениот дом, доколку во семејството има член кој е болен од неизлечлива заразна болест, зависник од дрога или друга психотропна супстанција или злоупотреба на алкохол, или доколку на возрасен член на семејството не му е одземено или ограничено родителското право. (3) Секое физичко лице кое самостојно врши одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца како професионална дејност задолжително треба да поседува важечка лиценца за работа и решение за вршење одредени работи од дејноста. (4) Поблиските услови, критериуми и начинот на вршење на работите од член 84 од овој закон ги пропишува министерот“. *Ibid.*

од дејноста згрижување и воспитание на деца, како професионална дејност за организирање и остварување на згрижување или престој, нега и исхрана на деца од предучилишна возраст до шест години живот, односно до поаѓање во основно училиште и деца на возраст до десет години живот, најмногу до пет деца и не помалку од два часа дневно (чл. 85)“.

Анализирајќи ги одредбите од Законот за социјална заштита, како и од Законот за заштита на децата, можеме да заклучиме дека ниту едниот ниту другиот закон не ја познаваат ниту уредуваат установата чуваник – хранител. Институтот *згрижување се однесува и на деца и на возрастни лица*, додека, пак, можноста *физичко лице да згрижува само деца е заснована на вршење на професионална дејност*. И едното и другото предвидуваат исполнување на бројни услови, *дозволи и рејстிரации* од надлежните органи. Последното е ограничено и во поглед на возраста на децата. Овие специфичности ги разликуваат овие законски установи од установата чуваник – хранител предвидена со Законот за наследување. Тоа ја наметнува дилемата дали установите чуваник и хранител правно и фактички постојат во нашиот правен систем. Одговорот на ова прашање е позитивен. Тие се предвидени и уредени со Законот за наследување врз основа на обичајното право. Меѓутоа, според другите важечки прописи со кои се уредува грижата на деца без родители и деца без родителска грижа овој институт чуваник и хранител правно не постои. Поради тоа, *argumentum a fortiori* не може да предизвикува никакви правни последици.

Освен што во реалноста не постои, со оглед дека државата со децении ја има преземено улогата на обичајното право, преку широките овластувања на ЦСР во сферата на надзорот над вршењето на родителското право, постојат и други аргументи кои укажуваат дека овој застарен институт се злоупотребува во практиката. Имено, според својата суштина, целта на овој институт е да биде заменета родителската грижа кон чуваникот од страна на хранителот. Поради тоа, чуваникот треба да биде малолетно лице, кое не е способно самото да се грижи за себе. Смеслата на постоењето на хранителот како полнолетно лице е да се грижи за чуваникот и да ја замени родителската грижа до навршување на полнолетство, односно продолжувањето на образованието на чуваникот, со што завршува потребата од овој институт. Целта е исполнета со оспособувањето на чуваникот за самостоен живот. Во практиката, чуваникот кој се повикува на наследство по основ на живеење во трајна заедница е најчесто полнолетно и возрастно лице! Имајќи ги предвид позитивните прописи со кои

Член 89: „(1) Физичкото лице со барателот на услугата склучува договор во писмена форма во кој се уредува времето, местото, начинот, видот и обемот на услугите кои ги дава физичкото лице. (2) Во договорот се утврдува и износот на заработувачката која се определува зависно од времето на ангажирање, која ќе претставува основица за определување на придонеси од задолжително социјално осигурување согласно со закон. (3) Физичкото лице кое самостојно врши одредени работи од дејноста згрижување и воспитание на деца како професионална дејност е должно: да ги дава услугите согласно со овој закон; во вршењето на работата да ја почитува личноста на корисникот, неговото достоинство и неповредливоста на личниот и семејниот живот, да ги чува како службена тајна податоците и информациите од личен и семеен карактер, како и да ја чува службената и професионалната тајна; да води евиденција на корисниците и дадените услуги; да дава податоци за својата работа на барање на министерството; и да доставува годишен извештај за својата работа до министерството. (4) Формата, содржината и начинот на водење на евиденцијата од став (3) алинеја 3 на овој член ги пропишува министерот“.

се уредува посебната грижа на децата без родители и без родителска грижа, не е предвидена можност за постоење на институтот чуваник и хранител како материјално правен институт кој е претпоставка за негово постоење и остварување на наследните права.

Од друга страна, пак, и покрај новите сложени установи кои се подробно уредени, законодавецот не го забранил ниту го укинал со пропис институтот чуваник – хранител. Врз основа на член 8 став 2 од Уставот: „Во РСМ слободно е сè што со Уставот и законот не е забрането“, сметаме дека оваа категорија е дозволена и произведува правно дејство согласно со Законот за наследувањето.³⁸ Но и врз основа на концептот на веќе стекнати права кои не можат еднаш стекнати да се одземаат. Со други зборови, доколку бидат исполнети условите предвидени со Законот за наследувањето, чуваникот и хранителот можат меѓусебно да се наследат, доколку го докажат својот статус.

Сепак, и покрај ова, на мислење сме дека институтот чуваник – хранител е во спротивност со уставното начело на посебна грижа на децата без родители и без родителска грижа, како и на одредбите од Конвенцијата за правата на детето според која детето има право да биде одгледувано и воспитувано од двајцата свои родители! Поради тоа, сметаме дека тој е надживеан и претставува надмината и историска категорија. Ова е со оглед на тоа дека во денешни околности на живеење, покрај новите форми на згрижување на децата во кои јасно е нагласена улогата на државата, не постои можност за примена на обичајното право, како секундарен извор на правото.³⁹ Повикувањето на него претставува класична злоупотреба на наследното право на што треба да му се стави крај. Во таа смисла, сосема е исправно становиштето на судот кој што во случај на повикување на наследство од страна на чуваник врз основ на живеење во трајна заедница упатува на потребата од докажување во парнична постапка дали навистина била востановена заедницата на живот, односно домаќинство на хранителот со чуваник. Поконкретно, дали чуваникот има доказ дека живееле во исто домаќинство непрекинато пет години до моментот на смртта на оставителот.

Врз основа на изложеното, се поставува прашањето дали и понатаму треба да постои институтот чуваник и хранител во македонското наследно право? Дали наместо тоа, треба да се прифатат новите термини роднински згрижувач и згрижено лице? За ова прашање ќе треба законодавецот изречно да се произнесе во идната реформа на наследното право. Според нашето мислење, станува збор за институт што е редок во споредбеното право и со него се остварува одредена социјална функција во општеството. Од друга страна, вака (не)уреден, овој институт остава голем простор за можни злоупотреби. Ако законодавецот, сепак, се одлучи за постоење на ваков институт, ќе треба да го усогласи со важечките термини, прописи и принципи. Во спротивно, и понатаму како досега ќе остане „врата“ на можни злоупотреби.

³⁸ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 52/91, 1/92, 31/98, 91/2001 и 107/05.

³⁹ Повеќе види кај Ангел Ристов „Извори на граѓанското право во Република Македонија“, *Зборник во чест на Миле Хаџи Василев*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2004.

Според својата суштина, чуваникот треба да биде лице кое не е полнолетно. Смеслата на овој институт е хранителот да се грижи за малолетното дете и да ја замени родителската грижа. Со навршување на полнолетството се смета дека е исполнета целта на хранителството, бидејќи чуваникот станал полнолетен. Имајќи предвид дека согласно со важечките прописи со кои се уредува заштитата на децата во кои е изразена улогата на државата не е возможно да се појави ситуација на чуваник и хранител! Невозможно е без одлука на надлежен државен орган – центарот за социјална работа, малолетно дете да биде земено да живее кај друго полнолетно лице. Поради тоа, овој институт е историска категорија во современи услови на живеење, а повикувањето на него претставува можност за злоупотреба на правото. Затоа е потребно законодавецот да го изостави при идната реформа на наследното право.⁴⁰ Во спротивно, ќе се појавуваат парадоксални ситуации каде што само врз основа на изјава пред нотар на лице кое тврди дека е чуваник на оставителот кој бил негов хранител, во случај кога нема други наследници или тие се непознати, оставината наместо да ѝ припадне на државата, ќе биде распределена на возрастна лице кое го злоупотребува овој институт.

Во споредбеното право мал е бројот на законодавства кои живеенето во трајна заедница го предвидуваат како факт за наследување. Ваквото решение, предвидено од страна на македонскиот законодавец, претставува едно од ретките во современите наследно-правни системи не само на поранешните југословенски простори, туку и пошироко во светот.⁴¹ Во Чешка, лицата што живееле во заедничко домаќинство со оставителот наследуваат во вториот наследен ред заедно со брачниот партнер и родителите, најмалку една година пред неговата смрт, се грижеле за заедничкото домаќинство или биле издржувани од страна на оставителот.⁴² Во случај кога оставителот не оставил брачен партнер и родители, во третиот законски наследен ред наследуваат браќата и сестрите на оставителот на еднакви делови со лицата лицата што живееле во заедничко домаќинство со оставителот најмалку една година пред неговата смрт, се грижеле за заедничкото домаќинство или биле издржувани од страна на оставителот.⁴³

Во Словачка, лицата што живееле во заедница, најмалку една година пред смртта на оставителот, и воделе грижа за заедничкото домаќинство или оставителот ги издржувал наследуваат во вториот законски наследен ред. Притоа, брачниот партнер наследува една половина, додека другата половина ја наследуваат родителите и лицата што живееле во трајна заедница на еднакви делови.⁴⁴

⁴⁰ Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, „Стоби трејд“, Скопје, 2016.

⁴¹ Види кај Љиљана Спиновиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2011.

⁴² Lucia Ruggeri, Ivana Kunda, Sandra Wincler et al., *op.cit.*, стр. 152.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibid*, стр. 581.

Заклучок

Во современи услови на живеење, како и во согласност со новите правни прописи со кои се обезбедува посебна грижа за децата без родители и децата без родителска грижа од страна на државата, институтот чуваник и хранител претставува реликт од минатото. Одамна е минато времето кога во руралните средини некои лица земале, чувале и воспитувале деца како свои, без притоа да ги посвојат. Денес таквата можност е исклучена, имајќи го предвид правото на најдобриот интерес на детето заштитен со Конвенцијата на ООН за правата на детето, како и правото на детето да биде чувано, издржувано и воспитувано од двајцата свои родители. Дотолку повеќе што позитивните прописи со кои се уредува посебната грижа за децата предвидуваат голем број услови, ограничувања, постапки и сертификации за да може едно дете да биде сместено во згрижувачко семејство и едно лице да се јави како згрижувач. Затоа е потребно законодавецот во идните реформи да го напушти институтот чуваник и хранител со оглед на тоа дека тој освен во Законот за наследување не е познат и уреден во семејното законодавство и во другите правни прописи. Дотогаш, наследните права на чуваникот и хранителот остануваат да бидат предмет на бројни злоупотреби во практиката на штета на другите наследници и државата. Поради тоа, во практиката треба да се бара задолжително докажување во судска постапка за статусот на чуваникот и хранителот. Во спротивно, овој институт повеќе ќе служи како можност за злоупотреби отколку како реална потреба на граѓаните.

**THE HEREDITARY RIGHTS OF A GUARDIAN AND A SUPPORTER:
REALITY OR ABUSE IN MACEDONIAN INHERITANCE LAW**

(Summary)

Macedonian inheritance law has not undergone significant reforms for decades. The existing law is still based on the principles and solutions of the former legal order despite the changes in the legal, economic and political system. In addition to this, in recent decades, dramatic changes have taken place in marital and family relations, which indirectly have an impact on inheritance law relations, calling into question the justification and existence of certain institutions. One of them is the inheritance between the guardian and the breadwinner based on living in a permanent community, which was introduced as a key fact for determining the legal heirs in the seventies of the last century. Since then, until today, this institution still exists in our inheritance law, despite the fact that it is not known as such in the current family law. In the paper, the author analyzes the inheritance of the guardian and breadwinner based on living in a permanent community in order to answer the question whether in today's living conditions it is not outlived, whether it is really needed or is misused to receive the legacy of the testator. The answer to this question is of great importance considering the increasingly frequent probate cases with notaries in which the guardian is registered as the sole legal heir on the basis of living in a permanent union with the testator.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Батиќ Борислав, Надзор над вршењето на родителското право, Семејното законодавство на Република Македонија, ред. Кирил Чавдар, Скопје, 1994;
2. Blagojević Borislav, Nasledno pravo u Jugoslaviji, Savremena administracija, 1988;
3. Камбовски Владимир, Казнено право, Општ дел, Култура, Скопје, 2004;
4. Luis Garb, International Succession, Kluwer Law International, 2004;
5. Марјановиќ Ѓорѓи, Кривично право Општ дел, Студентски збор, Скопје, 1988;
6. Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, „Наследување врз основа на правото на претставување“ Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Љиљана Спировиќ Трпеновска, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2013;
7. Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Закон за наследувањето, Стоби Трејд, Скопје, 2015;
8. Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Закон за семејството, Стоби Трејд, Скопје, 2015;
9. Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Наследно право, Универзитет Св.Кирил и Методиј, Скопје, 2019;
10. Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Реформата на наследното право во Република Македонија, Стоби Трејд, Скопје, 2016;

11. Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Семејно право, Стобитрејд, Скопје, 2015;
12. Панов Слободан, Породично право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010;
13. Ристов Ангел, „Правото на претставување, правото на прираснување и наследничката трансмисија“, Нотариус, бр. 22, Нотарска комора Република Македонија, 2013;
14. Ристов Ангел, „Извори на граѓанското право во Република Македонија“, Зборник во чест на Миле Хаџи Василев, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2004;
15. Ruggeri Lucia, Kunda Ivana, Wincler Sandra et al., Family Property and Succession in EU Member States, Sveučilište u Rijeci, 2019;
16. Спировиќ Трпеновска Љиљана, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Наследувањето во Европа, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2011.
17. Спировиќ Трпеновска Љиљана, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Наследното право во Република Македонија, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2010;
18. Спировиќ Трпеновска Љиљана, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Наследувањето во Европа, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2011;
19. Хаџивасилев-Вардарски Миле, Наследно право, Култура, Скопје, 1983;
20. Хаџивасилев Миле, Семејно право, Студентски збор, 1990;
21. Чавдар Кирил, Коментар на Законот за наследувањето, Академик, Скопје, 1996.

Д-р Тони Дескоски, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

Д-р Вангел Доковски, вонреден професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ТРАДИЦИОНАЛНИ ТОЧКИ НА ВРЗУВАЊЕТО КАЈ ВОНДОГОВОРНАТА ОДГОВОРНОСТ – ПОМЕЃУ ПОТРЕБАТА И РЕАЛНОСТА

341.92/94:347.513

Изворна научна статија

Традиционално, во доменот на изучување на меѓународното приватно право судирот на законите го зазема централното место. Или, како што истакнува **Тодор Цунов**, најсуптилен, а истовремено и централен предмет на меѓународното приватно право претставува регулирањето на судирот на законите. Основен проблем на меѓународното приватно право е да се сфатат правните ситуации со меѓународни елементи и да се издвојат од чисто внатрешните, односно да се утврди нивната поврзаност со правните системи на повеќе држави и да се реши проблемот од кој тие системи треба да ги регулираат.¹ За да може правилно да се разбере предметот на истражувањето на трудот, основата е да се утврди на кој начин настанува судирот на законите кај вондоговорната одговорност за штета. Од причините за појава на судир на законите кај вондоговорната одговорност произлегуваат и решенијата кои се прифатени за определување меродавно право за овој вид односи.

Клучни зборови: вондоговорна одговорност, точка на врзување, Регулатива Рим II, *lex fori*.

1. Причини за појава на судир на законите кај вондоговорната одговорност за штета

Граѓанско-правните деликти со странски елемент се природна појава на меѓународната размена на добра и услуги (посебно во туризмот) и другите меѓународни контакти. Иако не е пожелно, сепак, логично е дека се појавуваат голем број граѓанскоправни деликти кои се поврзани со повеќе суверенитети.² Различните овластувања кои ги имаат странките во материјалното право за да

¹ Цунов Тодор, *Меѓународно приватно право*, Скопје, 1995, стр. 168.

² Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo, deseto izdanje*, Beograd, 2010, стр. 440.

располагаат со своите права придонесува и до различен степен на прифаќање на автономијата на волјата во меѓународното приватно право.

Секоја држава во светот го има сопствениот империум за правно нормирање на фактичките ситуации. Разликувањето на англосаксонскиот од европскиот континентален правен систем, во суштина, се сведува на структурното поставување на правилата и на тоа кој го креира правото. Правилата на материјалното право се конципираат за потребите на правниот сообраќај на секоја држава, имајќи ги притоа предвид и потребите од меѓународна соработка. Од друга страна, пак, развитокот на меѓународниот правен сообраќај води кон потребата од намалување на разликите кои постојат помеѓу правните системи. Секако, тоа е тешко да се постигне низ процес на унификација на материјалните правила. Многу е полесен пристапот на изработка на модел-правила кои подоцна би биле користени од страна на националните законодавци.

Ако ја набљудуваме состојбата со материјалното право за вондоговорната одговорност за штета, ќе забележиме дека судирот на законите во прв ред се појавува како резултат на разликите помеѓу англосаксонската и европската континентална правна традиција. Додека вондоговорната одговорност во англосаксонските држави е детално регулирана во делот на деликтното право, каде што се наведени видовите деликти од кои произлегува подоцна одговорноста за надомест на штета, европската континентална правна традиција ја поставува основата за генерално пропишување забрана за причинување штета.

Покрај разликите што постојат помеѓу англосаксонската и европската континентална правна традиција, како што беше напоменато во делот за поимното определување на вондоговорната одговорност во правото на Европската Унија, бројни се разликите и што постојат помеѓу државите кои припаѓаат на иста правна традиција.³

Така, основната одредба од германскиот Граѓански законик која ја регулира вондоговорната одговорност во Германија, член 823 I, ги набројува граѓанските права, поточно правото на живот, физички интегритет, здравјето, личната одговорност и сопственоста. За судовите, овие права се почетна точка при одлучувањето за надоместокот на штетата. Правата се „златна капија“ низ која тужителот влегува во арената во која се одлучува за неговиот спор. Ова стојалиште има силно влијание врз судската практика за заштита на правата на оштетениот: судот нема лесно да го одбие барањето доколку некое право на оштетениот е повредено. Француското право, пак, од друга страна, не ги зема како појдовна основа правата, туку тоа го прави имплицитно, Касациониот суд со толкување на неколкуте одредби за одговорност содржани во францускиот Граѓански законик (Code Civil).⁴ Покрај наведените разлики, постојат и разлики во делот на висината на надоместокот на штетата, но и во делот на сфаќањата за условите за исклучување на противправноста на однесувањето на штетникот.

Сето ова нè наведува на заклучокот дека кога ќе настане приватноправен однос со странски елемент од кој произлегува обврска за надомест на штета,

³ Поопширно за културните разлики во деликтното право во Европа, види во Oliphant Ken, *Cultures of Tort Law in Europe*, Journal Of European Tort Law. August 2012; 3(2): стр. 147-157.

⁴ Van Dem Cees, *European Tort Law and the Many Cultures in Europe, Private Law and the Cultures in Europe* edited by Thomas Wilhelmsson, Kluwer Law International, 2007, стр. 58.

многу често ќе постојат разлики во делот на материјалното право со кој таа се регулира во однос на суверенитетите со кои е поврзан граѓанскоправниот однос.

Како пример можеме да ја земеме следнава ситуација: државјанин на Република Северна Македонија додека е во Германија да проследи фудбалски натпревар од Бундес лигата е повреден во меѓусебна пресметка на навивачите на двата спротивставени клуба, при што лицето кое му нанело повреда е државјанин на Романија кој живее во Германија. Македонскиот државјанин, како оштетено лице, има право да побара надомест на штета од лицето кое ја предизвикало штетата, а од наведените околности многу лесно можеме да забележиме дека постои странски елемент во граѓанскоправниот однос. Ако македонскиот државјанин поднесе тужба пред суд во Германија за надомест на штета против неговиот напаѓач, судијата во Германија со примена на правилата на Регулативата Рим II ќе треба најпрво да го квалификува односот како деликтен однос и да определи меродавно право. Секако дека не се исти ниту условите за надомест на штета кои постојат во правото на Германија, Република Северна Македонија па и Романија, ниту, пак, висината на надоместокот на оштетеното побарување кое може да го добие македонскиот државјанин.

Исто така, поради можноста од преземање штетно дејствие на територија на една држава и настанување штетна последица на територија на друга држава, неминовно се појавува судир на законите. Сето тоа не наведува на заклучокот дека разликите кои постојат во материјалното право на државите и правните традиции на кои припаѓаат, од една страна, и можноста слободно да се патува, да се стапува во правни односи, да се врши прекугранична комуникација, од друга страна, широко ја отвора вратата за појава на судир на законите кај вондоговорната одговорност.

2. Точки на врзувањето кај вондоговорната одговорност – помеѓу потребата и реалноста

Основната задача на меѓународното приватно право е да го реши настанатиот судир на законите. Ако го анализираме и целокупниот развиток на меѓународното приватно право, исто така, ќе можеме да заклучиме дека и самиот развиток, во суштина, се сведува на регулирање на судирот на законите. Основната цел секогаш била да се изнајде соодветно колизионо решение со кое приватноправниот однос ќе биде поврзан со држава со која односот е најтесно поврзан.

Сепак, во самата суштина на меѓународното приватно право е правната сигурност. Промовирањето на правната сигурност во насока на отстранување на правните ризици за бизнисот и останатите трансакции, преку пропишување на предвидливи правила на однесување, пред Првата светска војна се сметаше многу поважна отколку борбата за правда и еднаквост. Дури по Првата светска војна, трендот на правна сигурност и во делот на правдата и еднаквоста започна силно да се развива. Во делот на меѓународното приватно право, правната сигурност се разгледува во појдовната основа (А), во методот кој е

прифатен (Б) и во целта која треба да се постигне (В).⁵ Така, меѓународното приватно право претставува можност да се видат предностите, недостатоците и детерминантите на неизбежната комплексност која толку многу често произлегува од правната регулатива. Едноставноста на правото е секогаш посакувана затоа што овозможува правото да има лесен пристап до владеењето и со тоа владеењето да биде ефикасно.⁶ Од тие причини, се чини дека е вистинска умешност да се пронајдат соодветни точки на врзувањето за различни видови приватноправни односи со странски елемент. Единствено соодветните точки на врзувањето ќе овозможат вистинско заживување на правните правила карактеристични за меѓународното приватно право. Сето тоа зависи од ситуациите кои можат да настанат по повод еден приватноправен однос со странски елемент.

За нас, особено интересни се чинат четири ситуации кои може да настанат кога суд на една држава расправа за вондоговорен однос со странски елемент, и тоа се следниве ситуации:

1. судот да расправа за граѓанскоправен деликт кој е извршен на домашна територија и, притоа, тој се смета за противправен според домашното право, но не и за противправен според правото на другите држави со кои е поврзан односот;

2. судот да расправа за граѓанскоправен деликт кој е извршен на домашна територија и тој да се смета за противправен и според домашното и според правото на другите држави со кои е поврзан односот;

3. судот да расправа за граѓанскоправен деликт кој е извршен на територија на странска држава и тој да се смета за противправен и според правото на државата каде што е извршен граѓанскоправниот деликт и според домашното право; и

4. судот да расправа за граѓанскоправен деликт кој е извршен на територија на странска држава и тој да се смета за противправен според правото на државата каде што е извршен граѓанскоправниот деликт, но не и според домашното право.

Сите наведени ситуации се посебно интересни и можат да предизвикаат бројни контроверзии кои понекогаш би довеле до апсурдни резултати кога би се настојувало секогаш едно дејствие да е квалификувано како противправно и според правото на државата каде што се расправа деликтот и според правото на државата каде што е извршен деликтот. На тој начин се создава непотребна кумулација на условите на противправноста и тоа придонесува за намалување на прагот на заштита на граѓанските субјективни права. Доколку, на пример, дејствието не се смета за противправно и според правото на државата каде што се расправа за односот и според правото на државата каде што е извршен граѓанскоправниот деликт, во тој случај судијата би го одбил тужбеното барање иако настанила повреда на некое право на тужителот. Ако целта на правниот поредок е да ги заштити граѓанските субјективни права и да обезбеди соодветен надоместок во случај кога се повредени, тогаш пропишувањето двојна ку-

⁵ Neuhaus Heinrich Paul, *Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws*, Law and Contemporary Problems

Vol. 28, No. 4, New Trends in the Conflict of Laws (1963), стр. 797.

⁶ Little E. Laura, *Conflict of Laws Structure and Vision: Updating a Venerable Discipline*, Georgia State University Law Review: Vol. 31: Iss. 2, Article 1, 2014, стр. 256.

мулација на противправноста е само пречка кон нејзиното остварување.⁷ Токму поради тоа се појавува потребата од воспоставување соодветни точки на врзување кои ќе претставуваат своевиден баланс помеѓу потребите и реалноста во правниот сообраќај.

Најчесто прифатени решенија во компаративното меѓународно приватно право во делот на определување меродавно право за вондоговорна одговорност за штета се движат на линија помеѓу *lex loci delicti commissi*, *lex loci damni*, *lex fori*, принципот на најтесна врска, вообичаеното престојувалиште и, од неодамна, автономијата на волјата кој се смета за современа точка на врзувањето.

Ако ги анализираме традиционалните точки на врзувањето за вондоговорната одговорност, неизбежно ќе дојдеме до заклучок дека тие се еднострани и водат до ситуации кои денес навистина тешко би можеле да се сметаат за прифатени. Ова особено се однесува на *lex loci delicti commissi* и *lex fori*. Во овој текст, анализата ќе биде посветена на традиционалните точки на врзувањето кај вондоговорната одговорност за надомест на штета.

2.1. *Lex loci delicti commissi* – место на извршување на деликтот

Местото на извршување на деликтот се јавува како точка на врзувањето во XIV век за време на Бартолус. Во XVII век, центарот на колизионоправната мисла се наоѓа во Холандија, принципот на *lex loci delicti commissi* добива поширока теоретска обработка во делото на Паулус Фут.⁸ Примената на принципот *lex loci delicti* има доминантна улога во земјите од континентална Европа и беше прифатен во САД до неодамна.⁹ Оправдувањата за примена на принципот се очигледни – суверенитетот на местото каде што е извршен граѓанскоправниот деликт е оној што е најзаинтересиран да се примени неговото право, затоа што е повреден неговиот правен поредок. Станува збор за практичен аспект од примената на принципот. Граѓанскоправниот деликт се извршува на определена територија и со него се повредува нормативниот пројект на местото каде што е извршен.

Но, денес сè повеќе местото на извршување на граѓанскоправниот деликт е сосема случајно и принципот го губи своето значење. Местото на извршување на граѓанскоправниот деликт не е проблематичен кога сите елементи од кои произлегува тужбеното барање се наоѓаат на едно место.¹⁰ Но, кога елементите се поврзани со различни суверенитети, во тој случај настанува ситуација кога местото на извршување на граѓанскоправниот деликт е сосема случајно. Во овој контекст, би сакале да го истакнеме случајот *Griffith v. United Airlines, Inc.*¹¹ каде што примената на принципот *lex loci delicti* е силно критикуван и е

⁷ Како класичен пример од судската пракса во кој примената на принципот на двојната кумулација на противправноста доведува до апсурдни ситуации, иако е користен како решение кое долго време било прифатено во англиското меѓународно приватно право, се истакнува случајот на Филипс против Ајер (Phillips v. Eyre)

⁸ Гавроска Поликсена, *Меѓународно приватно право – судир на законије*, Скопје, 2002, стр. 142.

⁹ McClean David, *The Conflict of Laws, fourth edition*, London, 1993, стр. 278.

¹⁰ Briggs Adrian, *The Conflict of Laws, second edition*, Oxford, 2008, стр. 187.

¹¹ Одлуката на Врховниот суд на Пенсилванија е достапна на следниот линк: http://www.leagle.com/decision/1964417416Pa1_1417.xml/GRIFFITH%20v.%20UNITED%20AIR%20LINES,%20INC.

напуштен. Имено, на 11 јули 1961 година, Џорџ Хабрехт (George Hambrecht), со место на живеење во Пенсилванија, патувал со авион од Филадельфија до Аризона. Авионот се урнал во Колорадо и Џорџ загинал. Превозникот, корпорација од Делвер со седиште во Илиноис и главна дејност во Пенсилванија, бил тужен во Пенсилванија. Тужбата била против компанијата и неколку нејзини вработени за повреда на договор за безбеден превоз, затоа што компанијата и нејзините вработени со невнимателно однесување и лошо управување со компанијата придонеле за авионската несреќа и смртта на Џорџ. Оштетените побарувале надомест на штета која го опфаќала и изгубениот приход на Џорџ. Понискиот суд на Пенсилванија преку примена на правото на Колорадо како *lex loci delicti* ги задолжил тужителите да го дополнат тужбеното барање затоа што според правото на Колорадо не постои отштета за изгубен приход. Затоа што тужителите пропуштиле да го направат дополнувањето, нивната тужба била одбиена. Но, постапувајќи по жалба, Врховниот суд на Пенсилванија ја прифатил жалбата и ја променил одлуката на понискиот суд, на тој начин што наместо да се примени правото на Колорадо како *lex loci damni*, применето е правото на Пенсилванија како право кое има значајна врска со односот кој се расправа. Правото на Колорадо е оценето како право кое е во случајна врска со односот, а домицилот на загиналиот и местото каде што се наоѓал неговиот имот се ценети како врски кои го поврзуваат односот со право кое е во потесна врска отколку определеното право според *lex loci damni*.¹²

Како посебен интересен се истакнува и следниов проблем – квалификација на самиот поим *место на извршување на граѓанскоправен деликт*. Што се подразбира под поимот место на извршување на граѓанскоправниот деликт, дали местото каде што е преземено штетното дејствие или местото каде што настапила последицата? Местото каде што настапила штетната последица – *lex loci damni*, во суштина, е резултат на самата квалификација на *lex loci delicti* и сè почесто се прифаќа како точка на врзувањето во сè поголем број извори на меѓународното приватно право. И токму *lex loci damni* денес се смета за основна точка на врзувањето која води до примена на она право каде што настапила штетата.

2.2. Lex fori

Правото на државата на судот – *lex fori* би ја означувало ситуацијата кога судот на државата каде што се расправа и одлучува по приватно правен однос со странски елемент го применува сопственото материјално право.¹³ На тој начин, судот иако би применувал колизиони норми за определување меродавно право, точката на врзувањето секогаш би го обврзувала да го примени домашното право. Со тоа судот ќе создаде состојба во која и на случаи кои не би биле навистина поврзани со суверенитетот на кој припаѓа судот, да се регулира согласно со правилата за вондоговорна одговорност. Ако го прифатиме ставот де-

¹² *Lex Loci Delicti Rejected In Torts Conflicts Of Law - Griffith v. United Airlines, Inc.*, 25 Maryland Law Review, 238 (1965), стр. 238-248.

¹³ Поопширно види кај: Szászy Stephen, *The Basic Connecting Factor in International Cases in the Domain of Civil Procedure*, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 15, No. 2 (Apr., 1966), стр. 436-456.

ка регулирањето на вондоговорната одговорност означува регулирање повреда на нормативниот поредок на државата и воспоставување состојба која постоела пред повредата или исплата на соодветен правичен надоместок на оштетениот, во тој случај логички се поставува прашањето зошто да се примени по секоја цена домашното право? Потребно е да истакнеме дека оправдувањата за примена на домашното материјално кривично право во ситуациите на извршување на кривичен дело на ниту еден начин не можат да се применат во ситуацијата на извршување на граѓанскоправен деликт. Кај граѓанскоправниот деликт степенот на повреда на правото е од сосема различен карактер и степен на загрозување на правниот поредок и пошироките општествени интереси е на понизок степен и делокруг. Оправдувањата за широката примена на принципот на *lex fori* за определување на меродавно право за вондоговорна одговорност во минатото единствено може да заклучиме дека се должи на сфаќањата за тесната врска помеѓу граѓанскиот деликт и кривичното право. Но, денес, тие сфаќања се напуштени и не можат повеќе да служат како основа за примена на *lex fori*.

Главните критики во однос на примената на *lex fori* како точка на врзувањето, кога деликтот е извршен во странство, можеме да ги вброиме во три групи:

1. критики во однос на противправноста на однесувањето на едно лице;
2. критики во однос на широката примена на домашното право; и
3. критики во однос на можноста од предизвикување зголемен *forum shopping*.

Според **Jonh O'Brien** (Џон О'Брајан), проблемите во примената на принципот *lex fori* се во можноста тужениот да се смета за одговорен според *lex fori* за дејство на пропуштање кое не се смета за деликт во странската држава каде што е извршен деликтот, како и создавање ситуација во која државата на судот смета дека има одреден степен на културна супериорност над останатите држави. Во услови на олеснување на основите за меѓународна надлежност, примената на *lex fori* може да предизвика засилена појава на *forum shopping*.¹⁴ Така, тужителите секогаш би одбирале да побараат правна заштита пред суд на држава чие материјално право би им овозможило повисок надомест за граѓанскоправниот деликт, но и кое предвидува широк круг дејствија кои се квалификуваат како граѓанскоправен деликт.

Наведената, трета критика во однос на примената на *lex fori* во делот на вондоговорната одговорност денес можеме да кажеме дека е релативизирана со прифаќањето на автономијата на волјата на страните во делот за определување на меродавно право. Странките денес можат да изберат меродавно право за регулирање на вондоговорната одговорност за штета и на тој начин повторно да предизвикаат примена на право кое е поповолно за нив. Секако, тоа не означува дека кога ќе се избере меродавно право на држава на суд и судот на таа држава ќе биде надлежен *in concreto*, туку се создава можност целта која би се постигнувала за примена на *lex fori* преку *forum shopping*, да може да се постигне со избор на меродавно право.

Принципот на *lex fori* компаративно погледнато е прифатен во делот

¹⁴ Поопширно види во O'Brien John, *Conflict of Laws, second edition*, London&Sydney, 1999, стр. 379.

на противправноста на граѓанските деликти кои се извршени во странство, а за кои се расправа и одлучува пред домашен суд. Токму преку принципот на *lex fori* е воведен условот за кумулација на противправноста или **т.н. двојна противправност**. Станува збор за принцип кој е воведен прв пат во англиското меѓународно приватно право преку случајот *Филипс против Ајер* (Filips v. Eyre).¹⁵ Ајер (Eyre) бил гувернер на Јамајка во времето кога во оваа колонија имало побуна. При задушнувањето на побуната, тој и неговите лојални војници ги повредиле граѓанските права на Филипс (Philips) – противправно го лишиле од слобода. Во времето на нападот и противправното лишување од слобода на Филипс (Philips), наведените дејствија биле противправни и според правото на државата на судот на одлучување – Англија и според правото на местото каде што бил извршен граѓанскоправниот деликт – Јамајка. Меѓутоа, подоцна, парламентот на Јамајка донел Закон за амнестија и споменатите деликти, вклучуваќи го и дејствието што го извршил гувернерот Ајер (Eyre), не се сметале за противправни. На тој начин противправноста останала да постои само во правото на државата на судот, но не и во правото на местото на извршување на граѓанскоправниот деликт. Тужбените барања за надомест на штета за напад и противправно лишување од слобода биле одбиени затоа што не бил исполнет условот на двојна кумулација на противправноста. На тој начин, примената на *lex fori* била оправдувана дека е единствено во функција на задоволување на правдата затоа што домашен суд одлучувал за дејствие кое не било противправно во државата каде што тоа е извршено, што само по себе означува привилегирање на положбата на лицето кое го извршило граѓанскоправниот деликт.

Во овој дел, потребно е да истакнеме и дека во државите во кои традиционално бил прифатен принципот на *lex fori*, а подоцна заменет со *lex loci damni* (на пример, Канада, Велика Британија и Австралија), на судовите им постојат т.н. домашни средства за повторно да го применат домашното право. **Мортенс** (Mortenes) како домашни средства со кои ќе се примени *lex fori* ги наведува следниве четири:

1. квалификација на односот како однос кој не е вондоговорен и примена на *lex fori* според колизиона норма која не се однесува на вондоговорната одговорност;
2. идентификување на државата на судот како место на извршување на граѓанскоправниот деликт – тогаш односот е регулиран според *lex fori* како *lex loci delicti*;
3. квалификување на прашањето како прашање од процесна природа кое се регулира според *lex fori* како така квалификувано прашање; и
4. повикување на јавниот поредок како оправдување за непримена на правото определено како меродавно според *lex loci delicti* и на тој начин примена на *lex fori*.¹⁶

¹⁵ Phillips v. Eyre, L. R. 6QB 1, 1869.

¹⁶ Mortenes Reid, *Homing Devices in Choice of Tort Law: Australian, British and Canadian Approaches*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 4 (Oct., 2006), Oxford University Press, стр. 841.

Секако дека во државите во кои примената на институтот на возвраќање и упатување (*renvoi*)¹⁷ не е исклучена во делот на вондоговорната одговорност, исто така, може да се користи споменатиот институт како домашно средство кое ќе придонесе за примена на *lex fori*.

2.3. Принцип на најтесна врска – соодветно право (the proper law doctrine)

Принципот на најтесна врска во меѓународното приватно право во делот на вондоговорната одговорност за штета се јавил како резултат на критиките од примената на *lex loci delicti*. За разлика од државите со европска правна традиција, каде што принципот на *lex loci delicti* се има задржано како доминантен принцип сè до неодамна, во англосаксонската правна традиција подложувањето на силни критика на наведениот принцип придонело до негово напуштање и прифаќање на принципот на најтесна врска како соодветно решение. Овој заклучок можеме особено да го примениме на ситуацијата во САД, каде што под влијание на судската практика, долгоприфатениот принцип на *lex loci damni* е заменет со принципот на најтесна врска.¹⁸ Соодветен одек новиот принцип има и во англиското право, иако одекот не довел до напуштање на долгоприфатениот принцип на *lex loci damni*.¹⁹

Принципот на најтесна врска не е концепт кој е непознат во делот на судирот на законите кај договорните односи со странски елемент. И самата појава на концептот се врзува со договорните односи. Целта, секако, е иста – да се поврзе односот со правото на државата со кој е во најтесна врска, односно каде што е центарот на гравитација на односот. Притоа, на судот му се остава можност самиот да оцени на кој од составните елементи ќе му го даде пресудното значење и на тој начин ќе определи кое право е најмногу заинтересирано да биде во примена со оглед на тесната врска која настанала по повод причинувањето на граѓанскоправен деликт и правото кое е во примена. Најилустративен пример за оценка на контактите кои ги има еден граѓанскоправен деликт при определувањето на меродавното право може да видиме во случајот на *Sayers v. International Drilling Co.* (Sayers v. International Drilling Co.). Во одлуката, лордот Денинг М.Р. (Denning M.R.) го дал следново правно објаснување: „Што се однесува на побарувањето од деликтот, несреќата се случила

¹⁷ Поопширно за доктрината на *renvoi* (возвраќање и упатување), види кај: Bate Pawley John, *Notes of the Doctrine of Renvoi in Private International Law*, London, 2012 (originally published 1924).

¹⁸ Во оваа смисла, види ја судската одлука која е донесена во случајот на Бабкок против Џексон (Babcock v. Jackson). Во споменатиот случај, за надомест на штета за физичка повреда која тужителката ја претпрела во Канада, во провинцијата Онтарио, додека патувала во автомобилот на нејзините пријатели, Апелациониот суд на Њујорк го применил правото на Њујорк како меродавно право, затоа што постоела значително посилна врска помеѓу односот и правото отколку врската која постоела со правото на Онарио, кое, инаку, било меродавно согласно со прифатениот принцип на *lex loci delicti*. Преку оваа одлука е напуштен принципот на *lex loci delicti commissi* и се поставени темелите на конфликтната револуција во делот на вондоговорната одговорност за штета. Повеќе за случајот, види во: Chappell R. Harvey, *Lex Loci Delicti and Babcock v. Jackson*, William & Mary Law Review, Vol. 7, Issue 2, 1966, стр. 249-257.

¹⁹ Така и: Amos Shapira, *A Transatlantic Inspiration: The “Proper Law of the Tort” Doctrine*, The Modern Law Review, Vol. 33, No. 1 (Jan., 1970), стр. 27-33.

во територијалните води на Нигерија. Но, таа била предизвикана на нафтена платформа која е во сопственост и е контролирана од компанија од Холандија, управувана преку вработени од таа компанија. Нигеријците немаат ништо со платформата, така што Нигерија е „надвор“. Повредениот е Англичанец, но неговите колеги работници (кои биле небрежни) можеле да бидат Англичани или Американци, или да имаат некоја друга националност. Единственото нешто што е задничко помеѓу нив е дека се вработени во холандска компанија. Така, Холандија е во игра. Ако јас бев прашан да одлучам за соодветното право за деликтот (настрана од договорот), би рекол дека тоа е правото на Холандија“.²⁰

Предностите при определувањето на меродавното право согласно со доктрината за соодветно право, односно со примена на принципот на најтесна врска можеме да ги согледаме особено во можноста сите аспекти кои го сочинуваат граѓанскиправниот деликт да бидат посебно анализирани. Или, како што истакнува и **Морис** (Morris), проблемот може да се подели на неколку помали прашања и така да има посоодветна анализа на општествените фактори кои се вклучени. Прашањата што може да се појават кај деликтите секако дека се многу помалку од оние прашања и ситуации што може да се појават кај договорите. Но, тие се во доволен број за да наметнат неколку дилеми, како што е, на пример, дали наметнувањето само на еден принцип – правото на местото каде што е извршен деликтот – ќе доведе до општествено прифатени последици.²¹

На тој начин, примената на принципот на најтесна врска може најдобро да го поврзе односот со државата со која според оценка на судот е во најтесна врска. Но, не треба да се занемари и фактот дека бројните критики за можна арбитрарност кои се упатени на примена на принципот *lex loci damni* за негова замена со принципот на најтесна врска, кој го предлага доктрината на најсоодветно право, го пребегнуваат фактот дека секогаш добра појдовна основа е местото каде што е извршен граѓанскиот деликт.

Денес, принципот на најтесна врска во рамките на правото на Република Северна Македонија и во правото на Европската Унија е поставен во вид на специјална клаузула за самоисклучување во делот на колизионите норми за вондоговорната одговорност. Така, и во ЗМПП и во Регулативата Рим II е пропишано дека, кога од сите околности на случајот јасно произлегува дека односот очигледно потесно е поврзан со држава различна од онаа која е определена преку основната точка на врзувањето (*lex loci damni*), или, пак, преку заедничкото вообичаено престојувалиште на лицето од кое се бара одговорност за штетата и оштетеното лице во времето на настанување на штетата, меродавно е правото на таа држава со која односот е очигледно потесно поврзан. Притоа, очигледно потесна врска со друга држава може да се заснова особено на претходната врска меѓу странките, како што е, на пример, договор кој е тесно поврзан со односниот деликтен однос.

²⁰ Nygh P. E. *Some Thoughts on the Proper Law of a Tort*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 4, Essays in Honour of John Humphrey Carlile Morris (Oct., 1977), стр. 934.

²¹ J. H. C. Morris, *The Proper Law of a Tort*, Harvard Law Review, Vol. 64, No. 6 (Apr., 1951), стр. 892.

2.4. Вообичаено престојувалиште (habitual residence)

Вообичаеното престојувалиште веќе извесно време се користи како точка на врзувањето. Тоа има доста важна улога во конвенциите на Хашката конференција за меѓународно приватно право, бидејќи овозможува алтернатива на државјанството и е ослободено од тешкотиите со кои е придружен домицилот, како што се намерата, потеклото и зависноста на мажената жена во однос на нејзиниот домицил.²²

Терминот вообичаено престојувалиште првпат е употребен во билатералните договори за правна помош според кој органот од државата на вообичаеното престојувалиште на апликантот бил определен како надлежен да ја укаже меѓународната правна помош. Слични одредби може да се најдат во првата Хашка конвенција за граѓанска постапка од 14 ноември 1896 година. Зошто предност е даден на примената на овој термин наместо на вообичаениот израз на живеалиште не е познато. **Ван Хоогстратен** (Van Hoogstraten) смета дека терминот првпат е употребен во договор помеѓу Франција и Прусија од 1898 година, како превод на германскиот израз “*gewöhnlicher Aufenthalt*”.²³

Различни автори се имаат обидено да ја дефинираат фактичката состојба на вообичаеното престојувалиште. **Ман** (Mann) не воочува, на пример, разлика помеѓу принципот на вообичаено престојувалиште и домицил.²⁴

Во компаративното меѓународно приватно право кое ја регулира сложената проблематика на вондоговорната одговорност за штета, вообичаеното престојувалиште не се користи како самостојна, примарна точка на врзувањето. Напротив, тоа се користи само во ситуации кога е потребен коректив на примарната точка на врзувањето за вондоговорната одговорност за штета во правото на Република Македонија и во правото на Европската Унија. Така, и во случаите кога се исполнети условите за примена на правото согласно со основната точка на врзувањето во правото на Република Македонија и во правото на Европската Унија, доколку во моментот на настанување на штетната последица лицето од кое се бара одговорност и оштетеното лице имаат заедничко вообичаено престојувалиште во иста држава, се применува правото на таа држава.

2.4.1. Критици во однос на постојавноста на вообичаеното престојувалиште во Регулативата Рим II

Во однос на вообичаеното престојувалиште, за одбележување е ситуацијата која може да настане согласно со начинот на кој е поставено како точка на врзувањето во Регулативата Рим II, а во врска со дефинирањето на поимот држава во Регулативата. Согласно со член 25 став (1), „ако државата се состои од неколку територијални единици, а секоја од нив има свои правила за вондоговорна одговорност, секоја територијална единица за потребите за определу-

²² Поопширно види на: http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm, параграф 18.

²³ L. I. de Winter, *Nationality or Domicile? The Present State of Affairs*, Recueil des Cours, Vol. 128 (1969/III) стр. 423.

²⁴ Ibidem, стр. 428.

вае меродавно право согласно со оваа Регулатива се смета за држава²⁵. Може да настане ситуација во која лица кои имаат вообичаено престојувалиште во различни територијални единици во рамките на една сложена држава, а притоа територијалните единици да имаат сопствени правила за барем некои прашања од доменот на вондоговорната одговорност (како што е, на пример, прашањето за видот на одговорноста, застареноста или, пак, само за видовите деликти), таквата територијална единица да се смета за држава, и како последица од тоа да не може да се примени правото на заедничкото вообичаено престојувалиште.

Станува збор за донекаде апсурдна ситуација, особено во државите со англосаксонски правен систем кој во својата правна традиција го има деликтното право (*tort law*), кое е потесен поим од вондоговорната одговорност. Иако во сложените држави со англосаксонски правен систем, деликтите се регулирани според *common law* правилата, определени прашања од доменот на вондоговорната одговорност (во прв ред прашањата за застареност) се регулирани посебно во рамките на посебните територијални единици.

Во прв ред тука мислиме на Велика Британија, Австралија и Канада. Покрај Квебек, кој согласно со сфаќањето на Регулативата Рим II ќе се смета за посебна држава, така и територијалните единици на Австралија ќе се сметаат за посебни држави, независно од тоа што постојат очигледни разлики помеѓу Канада и Австралија во однос на нивното позитивно право. Додека во Канада, за сите територијални единици, освен Квебек, важат *common law* правилата за вондоговорна одговорност, и тоа за сите прашања, во Австралија, ситуацијата е таква што за деликтното право во примена се *common law* правилата, а прашањето за застареноста е оставено да се регулира во рамките на територијалните единици. И ако го применуваме член 25 за целите на соодветна примена на Регулативата, ќе се најдеме во ситуација територијалните единици на Канада и на Австралија да ги сметаме за засебни држави.²⁶

Така, доколку имаме вондоговорен однос кој се засновал помеѓу страни кои имаат вообичаено престојувалиште во различни територијални единици на Канада или на Австралија, нема да може да се примени исклучокот за определување на меродавно право за вондоговорна одговорност според заедничкото вообичаено престојувалиште, туку да се остави простор за примена на основното правило во случај на отуство на избор на меродавно право, содржано во Регулативата Рим II – *lex loci damni*.

Следнава ситуација го претставува наведениот проблем. Двајца другари Австралијци, кои живеат во различни држави, доаѓаат на одмор во Европа. Изнајмуваат автомобил во Шпанија. Се случува несреќа и еден од нив е повреден. Доколку се примени правото на Австралија, сите прашања во врска со случајот ќе бидат решени според правилата на *common law*. Правото на Шпанија, пак, ќе доведе до различен резултат. Би било апсурдно да се примени правото на Шпанија само затоа што двете странки имаат вообичаено престојувалиште во различни територијални единици на Австралија.²⁷

²⁵ Види го член 25 (1) од Регулативата Рим II.

²⁶ Види го член 25 од Регулативата Рим II.

²⁷ Hartley C. Trevor, *Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 4 (Oct., 2008), стр. 901.

Секако, ситуацијата би била поинаква доколку наместо Австралија, како пример ја имаме Канада. Оправдан би бил пристапот кога едниот другар би живеел во Монреал, а другиот во Квебек. Тогаш, член 25 став 1 од Регулацивата не би предизвикувал никакви проблеми, затоа што Квебек има целосно посебни правила.

Смислата на член 25 е потребно да се толкува во поширока смисла и да се смета дека е единствено во насока кога разликите помеѓу територијалните единици во рамките на една сложена држава се однесуваат на основните прашања на деликтното право (како што се, на пример, видот на одговорноста, условите за исклучување на противправноста, висината за надоместокот на штетата, правилата за безбедност и поведение), а не во однос на т.н. споредни прашања. Би требало само доколку спорното прашање е во врска со т.н. споредно прашање, само тогаш да е во примена став 1 од член 25. Доколку некое споредно прашање не е спорно, во тој случај за да може вообичаеното престојувалиште да го даде својот вистински придонес кон определувањето на меродавното право, потребно е да се толкува дека странките имаат вообичаено престојувалиште во иста држава и да се применат правилата на сложената држава (во претходниот пример, тоа би биле *common law* правилата на Австралија за деликтно право).

Друг начин што може да се примени во врска определувањето на поимот држава во согласност со член 25, прифатен, на пример, во Луизијана (САД),²⁸ а за кој се залага и **Тревор Хартли** (Trevor C. Hartly) е дополнување на споменатиот член со нов параграф кој би гласел на следниов начин: во случај кога странките престојуваат во различни држави, но правото на тие држави е исто во однос на спорното прашање, ќе се смета дека живеат во иста држава.²⁹ Станува збор за решение кое би било коректив на строгиот јазик во член 25 и сметаме дека тоа е во духот на самата Регулацива.

Можеме да заклучиме дека вообичаеното престојувалиште ја исполнува својата функција само доколку тоа постои во моментот на настанување на штетата (заедничко вообичаено престојувалиште на лицето од кое се бара одговорност и штетникот) и не постои некоја очигледно потесна врска помеѓу односот и правото на некоја друга држава.

3. Заклучни согледувања за судирот на законите кај вондоговорната одговорност

Несомнен е интересот што го посветува меѓународното приватно право на судирот на законите кај вондоговорната одговорност. Ако се запрашаме зошто се посветува толку големо внимание во однос на вондоговорната одговорност, веднаш одговорот ни се поврзува со интересот што го има облигационото право кон материјалното регулирање на вондоговорните односи. Токму обли-

²⁸ Види член 3544 (1) од Граѓанскиот кодекс на Луизијана – „Доколку во време на повредата повредениот и лицето кое е одговорно за повредата имале живеалиште во иста држава, се применува правото на таа држава. Лицата кои живеат во држави чии правила за определено прашање се суштествено исти, ќе се сметаат дека имаат живеалиште во иста држава“. Текстот на целиот член е достапен на следниов линк: <https://h2o.law.harvard.edu/collages/10917>.

²⁹ Ibidem, стр. 901

гационото право ги проучува дејствијата со кои на друго лице, или на неговиот имот, му е причинета штета, со што се создава нов облигационен однос помеѓу оштетениот и штетникот, кој е должен да ја надомести штетата.

Во правната теорија за граѓанското право, постојат голем број теории кои се обидуваат да направат разлика помеѓу кривичното и облигационото право. Потребата да се даде објаснување за разликување помеѓу кривичното и облигационото право се наметнува од самиот факт што долг период постоеле единствено кривични деликти, па обврската за надоместок на штета се врзувала исклучиво со правилата на кривичното право. Но, со развојот на граѓанското право и прифаќањето на граѓанскоправната одговорност, обврската за надомест на штета своето место го пронајде во облигационото право. Сè помногубројни се и теориите кои се обидуваат како централен елемент да го постават диспозитивниот елемент на располагање со правата кои ги има оштетениот. Сепак, сметаме дека овој елемент, иако е карактеристичен за граѓанското право, не може да се користи како клучен елемент во однос на разликувањето на кривичното од облигационото право и неговиот составен дел – вондоговорната одговорност. Тоа е самиот факт што диспозицијата на овластувањата е карактеристична и за договорното право, смеќавањето на владението, поточно за граѓанското право во поширока смисла на зборот.

Но, за да можеме да говориме за судир на законите кај вондоговорната одговорност за штета, секако дека е потребно да ги анализираме и облигационите односи кои настануваат по повод штетата. Издвоивме три претпоставки кои треба кумулативно да постојат со цел да настане полноважен облигационен однос, и тоа: постоење страни како носители на облигационите односи, потоа постоење предмет на овие односи и постоење одреден облигационен факт (извор на облигациите) кој правно ќе овозможи поврзување на страните во врска со предметот на облигационите односи. Овие претпоставки ги темелиме на анализа на Законот за облигационите односи на Република Македонија, кој претставува една модерна кодификација на правилата на облигационото право.

За разлика од поимното определување на вондоговорната одговорност во правниот систем на Република Македонија каде што како основен извор го користиме ЗОО, во делот на правото на Европската Унија, не можеме, а да не забележиме дека отсуствува единствен поим на самата вондоговорна одговорност. Тоа е затоа што не постои единствено облигационо право на Европската Унија кое содржи одредби во смисла на оние што ги содржи македонскиот ЗОО. Денес, Европската Унија брои 27 полноправни држави-членки кои имаат 27 посебни правила за определување на вондоговорната одговорност. Но, за разлика од партикуларизмот во делот на облигационото право на Европската Унија, правилата на меѓународното приватно право се унификувани, со што судирот на законите кај вондоговорната одговорност се решаваат токму преку Регулативата на Парламентот и на Советот на Европската Унија бр. 864/2007 за меродавно право за вондоговорната одговорност (Рим II). Станува збор за основен правен извор со кој се регулира судирот на законите кај вондоговорната одговорност во правото на Европската Унија, со кој, сепак, не се врши поимно определување на поимот вондоговорна одговорност. Сметаме дека во услови на партикуларизација на облигационото право на државите-членки на Европската Унија, воопшто, не е ниту можна унификација на поимот вондоговорна

одговорност, заради што нудиме можност од употреба на автономен концепт за целите на Регулативата.

Што се однесува до разните точки на врзувањето кај вондоговорната одговорност за штета, очигледна е борбата во меѓународното приватно право за задоволување на двата основни концепти на правната сигурност, од една страна, и флексибилноста, од другата страна. Правната сигурност се постигнува со користење на непосредно обврзувачките точки на врзувањето (*lex loci delicti commisi*, *lex loci damni*, *lex fori*, вообичаено престојувалиште), додека, пак, флексибилноста се постигнува преку прифаќање на клаузулите за самоисклучување и рамковната точка на врзувањето – принципот на најтесна врска. Сметаме дека помирување помеѓу двата принципа на меѓународното приватно право најдобро се постигнува со автономија на волјата која, од една страна, ќе им овозможи на странките најдобро да си ги планираат своите постапки, затоа што однапред ќе го знаат правото според кое ќе се ценат тие нивни постапки, а од друга страна ќе овозможи во секој конктерен случај да се изврши индивидуализирање на правилата и примена на токму тие правила, за кои странките сметаат дека ќе ги дадат најдобрите резултати. Но, во ниту еден случај не прејудицираме дека државата треба да стои настрана и да не врши ограничувања и заштита на нејзиниот интерес. Секако дека ќе го стори тоа преку ограничувањата на автономијата на волјата, но и со пропишување на разгранет колизионен систем кој ќе се примени во случаите кога страните нема да избераат меродавно право за нивниот вондоговорен однос.

TRADITIONAL CHOICE-OF-LAW RULES IN NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS BETWEEN THE NEED AND REALITY

(Summary)

Traditionally, in the field of the study of private international law, the conflict of laws has taken center stage. Or, as Todor Dzunov points out, the center of the private international private law is the regulation of the conflict of laws. The basic problem of private international law is to understand the legal situations with international elements and to differentiate them from the purely internal ones, ie to determine their connection systems with the legal systems of several countries and to solve the problem from which those systems should regulate them. In order to properly understand the subject of this text, the first step is to understand how the conflict of laws in non-contractual liability for damage occurs. Based on the reasons for the occurrence of conflict of laws in non-contractual liability arise a proper choice-of-law rules are deemed as traditional.

Key words: non-contractual obligations, connecting factor, Rome II Regulation, lex fori

ЛИТЕРАТУРА:

1. Џунов Тодор, *Меѓународно приватно право*, Скопје, 1995;
2. Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo, deseto izdanje*, Beograd, 2010;
3. Oliphant Ken, *Cultures of Tort Law in Europe*, Journal Of European Tort Law. August 2012; 3(2);
4. Van Dem Cees, *European Tort Law and the Many Cultures in Europe, Private Law and the Cultures in Europe* edited by Thomas Wilhelmsson, Kluwer Law International, 2007;
5. Neuhaus Heinrich Paul, *Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws*, Law and Contemporary Problems
6. Vol. 28, No. 4, New Trends in the Conflict of Laws (1963);
7. Little E. Laura, *Conflict of Laws Structure and Vision: Updating a Venerable Discipline*, Georgia State University Law Review: Vol. 31: Iss. 2, Article 1, 2014;
8. Гавроска Поликсена, *Меѓународно приватно право – судир на законите*, Скопје, 2002;
9. McClean David, *The Conflict of Laws, fourth edition*, London, 1993;
10. Briggs Adrian, *The Conflict of Laws, second edition*, Oxford, 2008;
11. *Lex Loci Delicti Rejected In Torts Conflicts Of Law - Griffith v. United Airlines, Inc.*, 25 Maryland Law Review, 238 (1965);
12. Szászy Stephen, *The Basic Connecting Factor in International Cases in the Domain of Civil Procedure*, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 15, No. 2 (Apr., 1966);
13. O'Brien John, *Conflict of Laws, second edition*, London&Sydney, 1999;

14. Mortenes Reid, *Homing Devices in Choice of Tort Law: Australian, British and Canadian Approaches*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 4 (Oct., 2006), Oxford University Press;
15. Bate Pawley John, *Notes of the Doctrine of Renovi in Private International Law*, London, 2012 (originally published 1924).
16. Chappell R. Harvey, *Lex Loci Delicti and Babcook v. Jackson*, William & Mary Law Review, Vol. 7, Issue 2;
17. Amos Shapira, *A Transatlantic Inspiration: The "Proper Law of the Tort" Doctrine*, The Modern Law Review, Vol. 33, No. 1 (Jan., 1970);
18. Nygh P. E. *Some Thoughts on the Proper Law of a Tort*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 4, Essays in Honour of John Humphrey Carlile Morris (Oct., 1977)
19. J. H. C. Morris, *The Proper Law of a Tort*, Harvard Law Review, Vol. 64, No. 6 (Apr., 1951)
20. http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm
21. L. I. de Winter, *Nationality or Domicile? The Present State of Affairs*, Recueil des Cours, Vol. 128 (1969/III);
22. Hartley C. Trevor, *Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, No. 4 (Oct., 2008).

Д-р Гордана Лажетиќ, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ЕДНАКВОСТА НА ОРУЖЈАТА – ПРЕСУДИ НА ЕВРОПСКИОТ СУД ПРОТИВ НАШАТА ДРЖАВА И ТЕКОВНА РЕФОРМА НА ЗАКОНОТ ЗА КРИВИЧНАТА ПОСТАПКА

342.726:343.121(497.7)

341.645.5:341.231.14]:347.95(497.7)

Прегледна научна статија

Трудот содржи краток осврт со сумарна анализа на еднаквоста на оружјата во предметите каде што ЕСЧП утврдил дека во текот на кривичната постапка пред домашните судови била повредена еднаквоста на оружјата, како аспект на начелото за правично постапување. Издвоени се неколку релевантни предмети поделени во четири групи: случаи каде што правата на одбраната биле повредени поради недоставување допис од јавното обвинителство; случаи каде што одбраната не била присутна на седница на советот што одлучувал; случаи каде што одбраната немала можност да ги испита сведоците на спротивната страна; и случаи каде што еднаквоста на оружјето не била почитувана во постапка за определување или продожување на мерката притвор. Во трудот се презентирани тековните измени на ЗКП со кои се адресираат согледаните недоследности, погрешно толкување и погрешна примена, а во контекст на заклучоците донесени од страна на Врховниот суд на РСМ, сентенции од судски одлуки и изготвени анализи за одделни прашања. Од изнесеното се заклучува дека апликациите против нашата држава во однос на членот 6 од ЕКЧП се најчести и дека е неопходно побрзо легслативно заокружување на тековните измени на ЗКП.

Клучни зборови: права на одбраната, еднаквост на оружјата, правично постапување

1. Значење на еднаквоста на оружјата како гаранција за одбраната

Современиот концептуален развој на принципот на правично судење, во чии рамки е содржано начелото за еднаквост на оружјата како основа на процедуралната правичност, е содржано во сите релевантни меѓународни документи за човековите права¹. Корените на ова начело се идентификуваат уште во формулацијата *audi alteram partem* (слушајте ја другата страна! слушајте ги двете страни!) што ја користел ранохристијанскиот теолог и филозоф Св. Августин, односно во начелото *audiatur et altera pars* (да ја слушнеме спротивната

¹ Universal Declaration of Human Rights, Член 10; International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Член 14; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), Член 6.

страна!) што го формулирал римскиот филозоф Сенека². Иако ова начело не е изречно пропишано во Европската конвенција за човековите права (ЕКЧП), тоа претставува составен дел на поширокиот концепт на правичното судење во смисла на член 6 од ЕКЧП³. Европскиот суд за човековите права (ЕСЧП) уште во 1970 година на зборот „*equita*“ му го дава етимолошкото значење на „*aequitas*“ и го формулира принципот „*per a contrario*“, одлучувајќи дека судењето не би било правично доколку се одвива во услови кои може да ја доведат странката во неправедна ситуација.⁴

Опфатот на член 6 став 1 од ЕКЧП е прилично обемен, но за потребите на овој труд фокусот ќе биде насочен кон случаи каде што не била овозможена контрадикторна расправа, било помеѓу странките или во однос на трети засегнати лица, случаи каде што одбраната немала еднакви процесни можности во споредба со обвинителството, како и аспектот поврзан со правото на испитување на сведоците што го товарат обвинетиот.⁵ Според праксата на ЕСЧП, концептот на правична постапка подразбира право на контрадикторна постапка, во согласност со која странките мора да имаат можност не само да поднесуваат докази во прилог на нивните тврдења, туку и да бидат запознаени и да се произнесат по сите поднесени докази и произнесувања, со цел да се влијае врз одлуката на судот. Правото на правично правораздавање зазема така високо место во демократското општество што не може да биде жртва на целисходноста⁶, односно во оваа смисла не може правата на одбраната да бидат оневозможени или несоодветно временски ограничени затоа што нивното исполнување би можело да се оцени како одолговлекување на постапката⁷. Овој принцип се применува во однос на поднесоците од странките, а и во однос на поднесоците од независен член на државната правна служба⁸, од страна на претставници на државните институции⁹, или каков било поднесок во насока да се изврши влијание врз одлуката на судот, вклучувајќи и информации и мислења обезбедени по иницијатива на самиот суд¹⁰. За примената на ова начело сосема е ирелевантно во која насока оди содржината на поднесокот, па ЕСЧП прифаќа дека неговиот став ги опфаќа и ситуациите кога произнесувањата се неутрални во

² Daan Asser, *Audi et Alteram Partem: a Limit to Judicial Activity*, in: A.D.E. Lewis and D.J. Ibbetson (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 211-2; Kelly, John M., „*Audi Alteram Partem; Note*“, 1964, *Natural Law Forum*, Paper 84, http://scholarship.law.nd.edu/nd_naturallaw_forum/84; Ruggeri, S. *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Springer International Publishing AG, 2017.

³ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights - Right to a fair trial (criminal limb), Updated on 31 December 2021, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022; Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights, (Eds. J.G.Roca, P.Santolaya), Leiden • Boston, 2012; Schabas, W.A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015;

⁴ *Delcourt v. Belgium*, no. 2689/65, § 18, 7.07.1970.

⁵ *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings - Individual Rights and Institutional Forms*, (Eds. J.D. Jackson, S.J. Summers), Hart Publishing, Oxford, 2018

⁶ *Kostovski v. The Netherlands*, no. 11454/85, § 44, 20.11.1989.

⁷ *Galstyan v. Armenia*, no.26986/03, § 87, 15.11.2007.

⁸ *Kress v. France [GC]*, no. 39594/98, § 65, ECHR 2001-VI.

⁹ *Křemář and Others v. the Czech Republic*, no. 35376/97, §§ 38-46, 3.03.2000.

¹⁰ *Juričić v. Croatia*, no. 58222/09, § 74, 26.07.2011; *Zagrebačka banka d.d. v. Croatia*, no. 39544/05, § 201, 12.12.2013.

однос на прашањето за кое судот треба да одлучи или кога во произнесувањата презентирале факт или аргумент кој веќе претходно се наоѓал во спорната одлука¹¹.

Дополнителна инспирација за краткиот осврт врз еднаквоста на оружјата поаѓајќи од согледувањата на ЕСЧП во предмети против нашата држава се два-та најнови заклучока донесени од страна на Врховниот суд на РСМ¹².

2. Осврт врз случаи пред ЕСЧП

2.1. Статистички податоци за донесени пресуди против Македонија

Најголем број апликации против нашата држава до ЕСЧП се поднесени за повреда на некоја од гаранциите за правично постапување содржани во член 6 од ЕКЧП. Ова се должи на обемниот опфат на член 6, којшто се однесува како на случаи од кривичната област, така и на случаи од граѓанската област. Од последниот Годишен извештај на ЕСЧП за 2021 година¹³, може да се претстават збирни податоци за донесените пресуди во однос на нашата држава за периодот од 1 јануари 1998 до 31 декември 2020 година и пресуди донесени во 2021 година, со претставени податоци за застапеноста на пресуди поврзани со член 6 од ЕКЧП.



Графичките прикази покажуваат дека во високи 88 % поднесените апликации резултирале со донесување пресуда со којашто ЕСЧП утврдил повреда на некое право од ЕКЧП. Податоците во однос на пресудите поврзани со член 6 ги потврдуваат тврдењата дека е тој начесто застапен основ во доставените апликации. Во период од 23 години откако нашата држава ја призна јуриспуденцијата на ЕСЧП, близу 70 % од сите пресуди се однесувале на член 6, а во 2021 година високи 83 % од пресудите се однесувале на член 6 збирно за кривичните и граѓанските случаи.

¹¹ *Zagrebačka banka d.d. v. Croatia*, no. 39544/05, § 197, 12.03.2014.

¹² Заклучок во однос на случаите Бошковски и Јаневски и Заклучок во однос на предметот Транскоп против РСМ, донесени на 31.1.2022 година, а достапни на: <http://www.vsrn.mk/>.

¹³ Annual Report 2021, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2021_ENG.pdf

2.2. Краток осврт врз дел од случаите поврзани со повреда на еднаквоста на оружјата

Пресудите во кои ЕСЧП констатирал повреда на еднаквоста на оружјата во апликации поднесени против нашата држава во основа може да се поделат во четири групи: случаи каде што правата на одбраната биле повредени поради недоставување допис од јавното обвинителство; случаи каде што одбраната не била присутна на седница на советот што одлучувал; случаи каде што одбраната немала можност да ги испита сведоците на спротивната страна; и случаи каде што еднаквоста на оружјето не било почитувано во постапка за определување или продожување на мерката притвор.

2.2.1. Повредени права на одбраната поради недоставување дописи односно докази

ЕСЧП детално ги има елаборирано релевантните аспекти на еднаквоста на оружјата во однос на недоставувањето поднесок до обвинетиот во кривичната постапка¹⁴. Имено, начелото на контрадикторност подразбира дека и на обвинителството и на одбраната мора да им се даде можност да се запознаат и да дадат коментари за поднесените мислења и изведените докази на спротивната странка, без оглед како тоа ќе биде регулирано во домашното законодавство¹⁵. Притоа, прашање на одбраната е да оцени дали некој поднесок заслужува реакција и оттука неправично е обвинителството да доставува поднесоци до суд за кои одбраната нема сознанија¹⁶.

Во случајот *Лазороски против Република Македонија*¹⁷, меѓу другото, апликантот се жалел дека постапката во однос на барањето за испитување на законитоста на лишувањето од слобода¹⁸ не се водела согласно со гаранциите за правично постапување. Во овој случај ЕСЧП констатирал повреда на член 6 став 1 од ЕКЧП поради недоставени докази до одбраната како резултат на кои таа можела да изнесе противаргументи и да влијае врз судската одлука. Без да ѝ бидат доставени доказите, одбраната не може ефективно да учествува во постапката, а токму тоа се случило во овој случај, што се водел според Законот за кривичната постапка (ЗКП) од 1997 година, каде што одлуката на судот се засновала врз писмени докази доставени од МВР, кои воопшто не му биле доставени на апликантот, ниту тој бил поканет да присуствува на расправата пред истражниот судија, а ниту жалбениот совет се осврнал на жалбените наводи на апликантот во оваа насока.

¹⁴ *Zahirović v. Croatia*, no. 58590/11, §§ 42-43, 25.04.2013.

¹⁵ *Brandstetter v. Austria*, 28.08.1991, §§ 66-67, Series A no. 211; *Milatová and Others v. the Czech Republic*, no. 61811/00, § 65, ECHR 2005 V; *Krčmář and Others v. the Czech Republic*, no. 35376/97, §§ 41-45, 3.03.2000; *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, no. 14902/04, § 538, 20.09.2011; *Gregačević v. Croatia*, no. 58331/09, § 50, 10.07.2012.

¹⁶ *Bulut v. Austria*, 22.02.1996, § 49, Reports of Judgments and Decisions 1996 II; *Josef Fischer v. Austria*, no. 33382/96, § 19, 17.01.2002.

¹⁷ No. 4922/04, 8.10.2009.

¹⁸ Во случајот *Aerts v. Belgium*, 30.07.1998, § 59, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, ЕСЧП зазел став дека член 6 се однесува на постапки кои се однесуваат на испитување на законитоста на лишувањето од слобода.

Во случајот *Транској АД Биџола против Република Северна Македонија*¹⁹, апликантот е компанија чијшто автобус бил одземен врз основа на вештачење во кое се констатира дека шасијата била фалсификувана, но ова вештачење воопшто не било доставено до апликантот, а бил единствен доказ врз кој судот ја засновал одлуката. Воедно, во текот на постапувањето ниту првостепениот ниту апелациониот суд не одржале усна расправа. Од овие причини, ЕСЧП утврдил дека има повреда на член 6 став 1 од ЕКЧП. Имено, против апликантот била поведена истрага поради сомнеж дека бројот на шасијата бил менуван, но потоа била запрена поради отсуство на докази дека менувањето е извршено од страна на апликантот. По запирање на кривичната постапка, јавниот обвинител иницирал постапка за одземање на автобусот тврдејќи дека поради тоа што бројот на шасијата бил изменет тој не можел да остане во правен промет. Првостепениот суд го усвоил предлогот, но случајот во три наврати бил вратен на повторно одлучување од страна на апелациониот суд со образложение дека не може да се донесе решение за предлогот за одземање, врз основа на вештачење што било направено во текот на истражната постапката. Потоа било изработено ново вештачење во кое било констатирано дека бројот на шасијата е изменет и на нејавна седница судот одлучил автобусот да биде одземен. Апликантот се жалел дека не му било доставено вештачењето кое било основа за одлуката на првостепениот суд, но, сепак, одлуката на првостепениот суд била потврдена од апелациониот суд. Апликантот се жалел и дека во постапката што резултирала со одземање на автобусот не била одржана ниту една усна расправа пред домашните судови. ЕСЧП утврдил како неспорно дека новото вештачење не било доставено до апликантот, а тоа било од најголемо значење при утврдувањето на фактите на случајот²⁰. Воедно, ЕСЧП утврдил дека неодржувањето јавна расправа го оневозможила апликантот да се запознае со содржината на вештачењето и тој бил лишен од каква било можност ефективно да го аргументира својот случај и да има разумни изгледи за успех пред домашните судови. Во однос на овој случај, Врховниот суд на РСМ донесе Заклучок²¹ според кој принципот на правично судење подразбира право на одржување главна расправа и почитување на принципот на контрадикторност на постапката, кои треба да се применуваат и во постапката за одземање на предмети, со обврска на судот поднесоците на едната страна да ги достави на увид и на одговор на спротивната страна, вклучително и вештачења.

Во случајот *Бајик против Република Северна Македонија*²², на апликантот не му бил доставен писмениот поднесок што јавниот обвинител го доставил до Врховниот суд и тоа било основа ЕСЧП да констатира повред на член 6 став 1 од ЕКЧП поради непостоење еднаквост на оружјето. Одбраната немала сознанија за содржината на поднесокот и не била во можност ефективно да се брани во постапката по вонредниот правен лек - вонредно преиспитување на правосилна пресуда. Предметниот поднесок на јавниот обвинител бил, всушност, одговор на барањето на апликантот во којшто било сугерирано тоа да се отфрли како неосновано. Одговорот не бил доставен до одбраната и таа

¹⁹ No. 48057/12, 21.04.2021.

²⁰ *Colloredo Mannsfeld v. the Czech Republic*, nos. 15275/11 and 76058/12, §§ 30-31, 15.12.2016

²¹ Донесе на 31.01.2022, а достапен на <http://www.vsrn.mk/>.

²² No. 2833/13, 10.06.2021.

немала можност да одлучи дали треба да изнесува дополнителни забелешки. ЕСЧП констатира дека не постои изречна одредба според која Врховниот суд е должен да го проследи поднесокот до одбраната, но, сепак, зазел став дека тоа не го спречувало Врховниот суд да го достави поднесокот и да се даде можност на одбраната да одговори. Аргументот дека доставувањето би ја одолговлекло постапката, според ЕСЧП, е неприфатлив.

2.2.2. Одбраната не била присутна на седница на советниот штио одлучувал

Во случајот *Ефтимов против Република Македонија*²³, ЕСЧП утврдил дека има повреда на член 6 став 1 од ЕКЧП во поглед на недостатокот на еднаквост на оружјата во постапките пред Врховниот суд, поради тоа што апликантот не бил повикан на седница на Врховниот суд. Начелото на еднаквост на оружјата бара на секоја странка да ѝ биде дадена разумна можност да го презентира својот случај под услови кои нема да ја стават во значителна неповолна положба во однос на нејзиниот противник. Според ЕСЧП, држава која има воспоставено апелациони или касациони судови е потребно да им овозможи на поединците да ги уживаат основните гаранции содржани во член 6 и во постапката пред тие судови²⁴. Врховниот суд одлучувал по жалбите на двете странки на седница на која бил присутен само јавниот обвинител. Датумот на одржување на седницата му бил соопштен на јавниот обвинител согласно со одредбите на ЗКП, тој присуствувал на седницата и дал своја усна изјава со која побарал да биде одбиена жалбата на жалителот, а да биде прифатена жалбата на обвинителството. Врховниот суд ја навел оваа изјава во својата одлука. Жалителот не бил присутен и поради тоа немал можност да даде одговор на ваквите наводи. ЕСЧП забележува дека жалителот не го искористил своето право да бара присуство на седницата, а Врховниот суд не побарал негово присуство иако имал таква надлежност согласно со ЗКП. Според ЕСЧП, неуспехот на жалителот да побара да биде известен не треба да се користи како аргумент против него, имајќи ја предвид статусната нееднаквост која ја креира ЗКП кој предвидува автоматско известување на јавниот обвинител за седниците на повисоките судови, додека го ограничува истото право за обвинетиот само на случаи кога тој ќе понесе посебно барање.

2.2.3. Одбраната немала можност да ѝ испијата сведоциите на испитивната сирана

Според ЕСЧП, државите треба да преземаат позитивни чекори со цел да му овозможат на обвинетиот да ги испита сведоците против него²⁵. Јасен е ставот на ЕСЧП во однос на примена на одредбите за сослушување сведоци согласно со домашното процесно законодавство, а имено според ЕКЧП не е негова задача да одлучува дали изјавите на сведоците биле правилно прифатени

²³ No. 59974/08, 2.07.2015.

²⁴ *Delcourt v. Belgium*, 17.01.1970, § 25, Series A no.11.

²⁵ *Sadak and Others v. Turkey*, nos. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, § 67, ECHR 2001-VIII.

како докази, туку да утврди дали постапката во целина, вклучувајќи го и начинот на кој се изведени доказите, била правична.

Во случајот *Ајтанасов против Република Македонија*²⁶, ЕСЧП утврдил дека имало повреда на член 6 став 1 и став 3 (г) од ЕКЧП. Апликантот истакнал дека постапката не била правична бидејќи домашниот суд го одбил неговото барање да му се даде можност да го испраша единствениот сведок кој сведочел против него. Домашниот суд наредил присуство на овој сведок на расправата, но тој не дошол и наместо устен исказ пред судот, сведокот испратил писмо во кое, според апликантот, невиното тврдел дека под спорниот објавен текст ги имало потписот, адресата и бројот на лична карта на подносителот на апликацијата. Поплаките на апликантот дека му било ускратено правото на испрашување на единствениот сведок против него останале неодговорени од страна на апелациониот суд. ЕСЧП оценил дека не постоеле посебни околности кои го оправдуваат пропустот на судот да го обезбеди присуството на единствениот сведок на судењето и дека апликантот бил осуден врз основа на доказ во однос на кој неговото право на одбрана било значително ограничено²⁷.

Во случајот *Пајкадис против Република Македонија*²⁸, ЕСЧП утврдил дека е сторена повреда на член 6 став 1 и став 3 (г) од ЕКЧП во поглед на правата на одбрана на апликантот во врска со испитувањето на сведокот со прикриен идентитет кој бил сослушан пред домашниот суд. Апликантот се жалел за повреда на неговите права на одбрана во однос на доказите изведени од сведок чијшто идентитет не бил откриен. На апликантот му било дозволено да види делови од видеоматеријалот и му била дадена копија од изјавата земена од прикриениот агент. Апликантот побарал директно соочување со прикриениот агент, по што биле направени напори за нивно присуство во судница. Еден прикриен агент бил сослушан и советот им дал транскрипт од изјавата на апликантот и адвокатите, но им оставил на располагање еден час за да го прочитаат транскриптот, да се консултираат и да подготват прашања, кои претседателот на советот, во присуство на јавниот обвинител, преведувачот и записничарот, ќе му ги доставел на сведокот. По истекот на рокот даден од судот, обвинетите, вклучувајќи го и апликантот, изјавиле дека не се во можност да подготват прашања во писмена форма бидејќи немале доволно време. Дополнително, апликантот подготвил пет прашања за да му ги постави во писмена форма на сведокот со прикриен идентитет, но судот не ги прифатил прашањата со образложение дека тие веќе имале можност да постават прашања, кога прикриениот агент бил присутен, но не го сториле тоа. Според ЕСЧП, сите докази мора по правило да бидат изведени на јавен претрес, во присуство на обвинетиот, со цел контрадикторност на расправата. Постојат исклучоци од овој принцип, но тие не смеат да задираат во правата на одбраната. Како општо правило, според член 6 став 1 и став 3 (г) на обвинетиот мора да му се даде соодветна и вистинска можност да го оспори и испраша сведокот на обвинението, или кога тој ќе ја дава изјавата или во подоцнежната фаза²⁹. ЕСЧП утврдил дека доказот даден

²⁶ No. 41188/06, 19.04.2011.

²⁷ *Unterpertinger v. Austria*, 23.11.1986, §31, Series A no.110.

²⁸ No. 50254/07, 26.02.2013.

²⁹ *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 23.04.1997, §§ 50 and 51, Reports of Judgments and Decisions 1997-III.

од сведокот со прикриен идентитет сослушан на судењето не бил единствениот доказ, но имал пресудна природа бидејќи основниот суд детално го анализираше и се потпрел врз неговиот исказ за да го утврди времето, местото и начинот на кој било сторено кривичното дело, што било потврдено во пресудата на Апелациониот суд. ЕСЧП сметал дека рокот од еден час определен од судот не бил доволен да му овозможи на апликантот соодветно да се запознае и да го оцени исказот даден од сведокот и да осмисли одржлива стратегија за својата одбрана³⁰. Според ЕСЧП, со ваквата одлука на домашниот суд апликантот бил ставен во позиција на ефективно лишување од реална шанса за оспорување на веродостојноста на пресудните докази против него.

Неможноста за сослушување на сведоците на спротивната страна е основот поради кој ЕСЧП утврдил повреда на член 6 став 1 и став 3 (г) од ЕКЧП во случајот *Трамџевски против Република Македонија*³¹. Апликантот се жалел дека не бил во можност да се соочи со сведоците чии изјави дадени во истражната постапка послужиле како основа за неговата осуда. На барање на јавниот обвинител, била отворена истрага против апликантот поради постоење основано сомневање дека извршил кривично дело шверцување мигранти, но поради отсуство на мигрантите кои биле сведоци, судечкиот суд ги прочитал нивните изјави дадени во текот на истрагата само во присуство на јавниот обвинител. Во завршните зборови, бранителот на апликантот ги анализираше изјавите на мигрантите и се пожалил дека апликантот не бил во можност да се соочи со нив во однос на местото до каде што ги пренел и цената која ја платиле за превозот, при што укажал на судот дека мигрантите дале неконзистентни изјави. И додека првостепениот суд признал дека постои неконзистентност во изјавите на апликантот и на мигрантите во однос на местото до кое бил извршен превозот, апелациониот суд оценил дека изјавите на мигрантите се јасни и конзистентни, при што воопшто не се осврнал на жалбениот навод на апликантот дека му било оневозможено правото на испрашување на мигрантите.

2.2.4. Еднаквоста на оружјето во постојатата спрема пријавени лица

Еднаквоста на оружјата е гаранција што има своја рефлексија и во член 5 став 4 од ЕКЧП во однос на постапување при оценка на законитоста на лишување од слобода кога лицето се наоѓа во притвор³². Кога постапката за оценка се спроведува по ослободувањето на апликантот, еднаквоста на оружјата потпаѓа под гаранциите содржани во член 6 став 1 од ЕКЧП³³. Според ЕСЧП, не е секогаш неопходно постапката од член 5 став 4 да ги има истите гаранции како оние што ги бара член 6 став 1 од ЕКЧП, но таа мора да има судски карактер, мора да ги обезбедува гаранциите кои одговараат на видот на лишување од слобода и во случај кога притворот на едно лице влегува во опфатот на член 5 став 1 (с), потребно е одржување расправа³⁴.

³⁰ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, § 87, 15.11.2007.

³¹ No. 4570/07, 10.07.2012

³² Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights - Right to liberty and security, Updated on 31 December 2021, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022.

³³ *Reinprecht v. Austria*, no. 67175/01, §§ 50, 51, ECHR 2005-XII.

³⁴ *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28.10.1998, § 162, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII.

Во случајо *Миладинов и др. против Република Македонија*³⁵, апликантите тврделе дека судските решенија за продолжување на мерката притвор и постапките за судско преиспитување на таквите решенија ги повредиле нивните права од член 5 став 3 и став 4 и член 6 став 2 од ЕКЧП. ЕСЧП утврди повреда на член 5 став 4 од ЕКЧП во делот на отсуство на усна расправа и непочитувањето на принципот на еднаквост на оружјата во постапката пред апелациониот суд. Ниту советот на првостепениот суд ниту апелациониот суд не одржале усна расправа на која тие би можеле да ги изложат своите аргументи. Ова е особено и поради фактот што на апликантите не им биле доставени поднесоците на јавниот обвинител доставени како одговор на нивните жалби, а на кошто судот се осврнувал при одбивање на жалбите на апликантите. ЕСЧП зазел став дека судот кој постапува по жалба против одлука за притвор мора да ги обезбеди гаранциите на една судска постапка. Постапката мора да биде контрадикторна и секогаш мора да обезбеди еднаквост на оружјата помеѓу странките, обвинителот и лицето во притвор³⁶. Во овој контекст, според ЕСЧП треба да се посвети внимание *inter alia*, на тоа да биде видливо дека правдата се спроведува правично и на зголемената сензитивност на јавноста во однос на правичното спроведување на правдата³⁷.

Во случајот *Митревски против Република Македонија*³⁸, апликантот навел дека првичното решение со кое му бил определен куќен притвор било заменето со решение за притвор во постапка која не била контрадикторна, како и без одржување усна седница. ЕСЧП оценил дека има повреда на член 5 став 4 од ЕКЧП од аспект на принципот на еднаквост на оружјата и отсуството на усно сослушување пред кривичниот совет. Станува збор за постапка во која кривичниот совет на основен суд ја испитувал законитоста на определениот куќен притвор на апликантот што потпаѓа под обврската за разгледување од аспект на член 5 став 4 од ЕКЧП, кој бара контрадикторна постапка и сослушување на лицето притворено според член 5 став 1 (в)³⁹. Имено, според ЕСЧП, и во постапка во која се испитува жалбата против одлука за притвор, мора да биде обезбедена еднаквоста на оружјата помеѓу јавниот обвинител и притвореното лице⁴⁰. Во конкретниот случај, жалбата на јавниот обвинител на решението на судот со кое бил определен куќен притвор не му била доставена на апликантот, а била основа за замена на куќниот притвор со мерка притвор. Ваквиот процесен пропуст му оневозможил на жалителот ефективно учество во постапката пред советот, бидејќи воопшто не бил свесен за жалбата на јавниот обвинител. Одлуката со која се заменува куќниот притвор со притвор треба да се смета како нова одлука за мерката притвор што мора да подразбира можност апликантот да ги претстави усно своите аргументи пред советот⁴¹.

³⁵ No. 46398/09, 50570/09 and 50576/09, 24.04.2014.

³⁶ *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 58, ECHR 1999-II; *Reinprecht v. Austria*, no. 67175/01, § 31, ECHR 2005-XII; *Miteski v. Republic of Macedonia*, no. 11621/09, § 29, 25.03.2010.

³⁷ *Аџанасов в. Република Македонија*, no. 22745/06, § 31, 17.02.2011, во контекст на член 6 од Конвенцијата.

³⁸ No. 11621/09, 25.03.2010.

³⁹ *Reinprecht v. Austria*, no. 67175/01, §31, ECHR 2005- XII.

⁴⁰ *Nikolova v. Bulgaria* (GC), no. 31195/96, §59, ECHR 1999- II; *Niedbala v. Poland*, no. 27915/95, §66, 4.07.2000.

⁴¹ *Mancini v. Italy*, no. 44955/98, §§19 - 20, ECHR 2001 – IX.

3. Тековни измени на ЗКП заради зајакнување на еднаквоста на оружјата

Законот за кривичната постапка (ЗКП)⁴² е во подолготрајна постапка за измена и дополнување заради надминување дилеми и различно толкување, кои водат кон различна практика. Една од главните цели во процесот на измени е токму зајакнувањето на еднаквоста на оружјата во аспектите кои ги утврдил и ЕСЧП како основ за повреда на член 6 став 1 односно член 5 став 4 од ЕКЧП.

Запознавањето на одбраната со доказите што го товарат и оние што му одат во прилог на обвинетиот е обврска на јавниот обвинител, но практиката покажа дека не е мал бројот на случаи каде што е поднесено обвинение до судот без да ѝ се даде можност на одбраната да се запознае со доказите. Со измените се предвидува, во случаи кога тоа не е сторено по завршување на кривичната постапка, судијата или претседателот на советот за оцена на обвинителниот акт да го задолжи јавниот обвинител во рок од осум дена од приемот на известувањето на судот, да ѝ овозможи пристап на одбраната, а во спротивно обвинителниот акт ќе се отфрли. Со цел да се одбегне тактизирање на одбраната, ако повиканиот бранител или осомничен не се јават во рок од три дена од приемот на известувањето од јавниот обвинител, јавниот обвинител без одлагање повторно ќе го поднесе обвинителниот акт. Дополнително, ако се воочи дека обвинителниот акт не ги содржи потребните документи и прилози, судијата или советот за оцена на обвинителниот акт ќе бара јавниот обвинител да го дополни актот и да ѝ овозможи на одбраната пристап до изменетиот акт и прилозите.

Увидот во списите како важен предуслов за ефективна одбрана и аспект на еднаквоста на оружјата е значително отежнат во практиката, одбраната нема можност ниту да направи копија ниту да добие копија од списите со што значително се ограничува аспектот на доволно можности за презентирање на случајот пред судот⁴³. Од овие причини измените првично го прецизираат моментот кога осомничениот и бранителот се стекнуваат со право на увид во списите, а тоа е веднаш по прием на известувањето дека е донесена наредба за поведување истражна постапка. Увидот подразбира разгледување на списите, но и добивање копија од списите и доказите, освен оние прибавени со примена на посебни истражни мерки што се во тек, а доколку списите се во форма на електронски документ, тие се доставуваат на пријавената адреса на обвинетиот и неговиот бранител. Увидот, по исклучок, може да се одложи за најмногу 30 дена ако се оцени дека би можело да се загрози истрагата, односно животот или имотот од големи размери. За ограничувањето јавниот обвинител мора да донесе образложено решение, на коешто одбраната има право на жалба до судијата на претходна постапка.

⁴² Службен весник на Република Македонија, бр. 150/10, 100/12, 142/16 и 198/18.

⁴³ Компаративните анализи покажуваат дека проблеми со примената на одредбите за увид во списи постојат и во други држави, E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith and T. Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2010, Executive Summary and Recommendation достапно на: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/f0e3912e-8916-4911-8193-4bc77af52ef7/criminal-defence-europe-summary.pdf>

Во однос на постапувањето поврзано со **мерката притвор**⁴⁴, измените предвидуваат задолжително присуство на обвинетиот на расправа пред судијата на претходна постапка, а ако е недостапен на органите на прогонот, оваа околност се проверува и утврдува и се одлучува за притворот, а лицето се сослушува веднаш штом стане достапно и тогаш повторно се одлучува во однос на притворот. Со измените се прецизира дека во почетокот на рочиштето судијата на претходна постапка му дава примерок на обвинетиот од писмениот предлог за определување на мерката притвор⁴⁵, како и да го поучи за правото на бранител. Воедно, измените содржат изречна одредба дека одржувањето на рочиштето и неговиот тек како пред судијата на претходна постапка ќе се одржува и во случаите кога постои предлог за определување или продолжување на мерката притвор од страна на кривичниот совет на судот, како и советот за оценка на обвинителниот акт, со таа разлика што во овие случаи недоаѓањето на странките не го спречува одржувањето на седницата. Против решението на судијата на претходна постапка со кое се одбива предлогот за определување притвор е дозволена жалба која не го задржува извршувањето на решението и која се доставува до одбрана. Досега странките можеа да бараат да бидат известени за седницата на советот што одлучува по жалба, а сега се предлага тие задолжително да се известуваат за седницата со поука дека може усно да ги изнесат и да ги образложат своите предлози, а нивното недоаѓање не го спречува одржувањето на седницата.

Измените во однос на **дигитализацијата** ќе овозможат одржување хибридни седници и рочишта со услови за непречена доверлива комуникација на обвинетиот и бранителот во текот на овие рочишта⁴⁶. Се очекува соодветната техничка опременост на судовите да овозможи примена на можноста лице што е во притвор да учествува на седница на апелационен суд преку видеоконференциска врска⁴⁷.

Со измените се овозможува, по оценка на судот, **контролата на законитоста на лишувањето од слобода (*habeas corpus*)** во случај кога лицето кое било задржано па пуштено на слобода, да биде повикано од страна на судијата на претходна постапка со цел да биде сослушано, со што се надминува ризикот оцената во секој случај да се сведе на сувопарен преглед и оценка на доставено

⁴⁴ Подетално за причините за пропишување посебно рочиште пред одлучување за притворот, в: Коментар на Законот за кривичната постапка, група автори, ОБСЕ и Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2018, стр. 409-410.

⁴⁵ Според ЕСЧП, еднаквоста на оружјата не е обезбедена ако бранителот не добил пристап до документи по предметот на истрагата што се основни за ефективно побивање на законитоста на притворањето, *Shishkov v. Bulgaria*, no. 38822/97, 09.01.2003. Истата обврска произлегува и од член 7 на ЕУ Директивата за правото на информирање во кривичната постапка (*Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings*).

⁴⁶ Подетално в: Анализа за употребата на напредни електронски алатки во судството, ОБСЕ и Здружението за кривично право и криминологија, 2020, <https://www.osce.org/files/f/documents/e/7/487546.pdf>

⁴⁷ На иста линија е и Пресудата на ВСПМ, Квп. бр. 265/2013 од 27.12.2013 година, каде што Врховниот суд констатирал дека е сторена повреда на одредбите на ЗКП во жалбена постапка во случај кога одбраната барала одржување на јавна седница, но бидејќи обвинетиот кој издржувал казна затвор не бил доведен од страна на управата на КПУ, седницата се одржала и покрај неговото отсуство, подетално в.: Коментар на ЗКП, оп. цит., стр. 877-878.

барање и други достапни податоци, без можност засегнатото лице да ги елаборира причините за поднесеното барање до судот.

Иако претходната постапка е неконтрадикторна, сепак, измените предвидуваат осомничениот да добива **известување** со описот на делото за кое се товари и правната квалификација во рок од 8 дена (а во определени случаи најдоцна во рок од 30 дена) од денот на донесување на наредбата за спроведување истражната постапка. Ваквото известување има цел да овозможи доволно време и можности да се изгради тезата на одбрана, да се одлучи кои права и процесни можности ќе бидат користени, опфатот на дејствијата на одбраната во текот на претходната постапка и сл.

Со цел да се создадат услови за ефективна одбрана која е предуслов за ползување на процесните можности и гаранции за еднаквост на оружјата, со измените се прошируваат основите за определување **бранител по службена должност** и во случај кога се води постапка за кривично дело што се гони по службена должност, а лицето се наоѓа на издржување казна затвор за друго кривично дело.

Зајакнување на улогата на **техничките советници**⁴⁸ и пропишување на можноста тие да изготват стручно мислење одат во прилог на подигнување на степенот на еднаквоста на оружјата. Во практиката не постои воедначеност во толкувањето на улогата на техничките советници⁴⁹. Измените предвидуваат можност техничкиот советник да изготви анализа и да даде наод и мислење кое може да се предложи како доказ. На овој начин одбраната добива легитимна можност за оспорување односно намалување на доказната вредност на вештачењата на јавното обвинителство.

Во фазата на оценка на обвинителен акт, измените предвидуваат одбраната да ја поднесе **листата на доказите и доказите** што предлага да се изведат на главна расправа дури по прием на решението за одобрување на обвинителниот акт, наместо како досега по неговиот прием, со што се надмина нелогичноста од една страна да се поднесува приговор на обвинителниот акт, а едновременно да се поднесува и листа на докази за главна расправа, уште пред судијата односно советот да одлучат за основаноста на обвинителниот акт.

Во однос на **привремените мерки за обезбедување имот што претставува принос од кривично дело**, во измените изречно се нагласува обврската за доставување на решението до одбраната со поука за право на жалба, со што се обезбедува т.н. дополнителна контрадикторност, односно поради опасноста да се осуети определувањето на мерката предлогот односно барањето од јавниот обвинител не се доставува до засегнатото лице, туку судот првин одлучува, па донесеното решение го доставува со поука за право на жалба, којашто нема суспензивно дејство. Почитувањето на дополнителната контрадикторност ќе придонесе да се надмине досегашната погрешна практика да се

⁴⁸ За нивната улога, подетално: Лажетик, Калајдиев, Мисоски, Илиќ-Димоски, Казнено процесно право – учебно помагало, Скопје, 2015, стр. 157-158.

⁴⁹ Различни судови имаат различен став во однос на прашањето: Дали вештиот наод и мислење изготвен по барање на одбраната или на оштетениот е незаконито прибавен доказ бидејќи недостасува наредба за вештачење од јавен обвинител или суд?, подетално в.: Избрани сентенции од практиката на Основниот кривичен суд Скопје, 2013 – 2019, Дополнети со практиката на Европскиот суд за човекови права, Мисија на ОБСЕ во Скопје, 2020, стр. 74-77.

определат мерки за запирање финансиска трансакција, замрзнување банкарска сметка, спречување располагање со движен или недвижен имот, а обвинетиот воопшто да не го добива решението и да нема сознание за определените мерки⁵⁰.

Еднаквоста на оружјето е зајакната и во однос на **отстапувањата од начелото на непосредност**, па освен изјавите дадени во претходната постапка пред јавниот обвинител, ист третман ќе имаат и изјавите дадени пред бранителот во текот на дејствијата на одбраната. Во однос на статусот на доказите изведени со отстапување од начелото на непосредност, во измените се предлага дополнување на исклучоците врз кои докази не може да се заснова пресуда и со докази кои не биле единствени, но „во одлучувачка мера“ влијаеле врз одлуката на судот. Во овој правец е и Заклучокот на Врховниот суд на РСМ⁵¹ според кој, пред да се одлучи дали ќе се изведе како доказ исказ даден во истрага, судот мора да испита најнапред дали постојат оправдани причини за непристојноста на сведокот на главната расправа; потоа, дали изјавата на тој сведок претставува единствена или одлучувачка основа за осудата на обвинетиот и дали постојат доволни фактори на противтежа за да може да се компензира таквата позиција на одбраната како резултат на прифаќањето доказ од сведок кој не бил испитан на главната расправа.

Забелешката на ЕСЧП за повреда на еднаквоста на оружјата во **постапката пред второстепениот суд**⁵², исто така, се адресира во измените со обврска за судијата известител писмениот предлог од јавниот обвинител да го достави до одбраната со поука дека одбраната има право писмено да се произнесе во однос на писмениот предлог од обвинителот во рок од 3 дена од приемот. По прием на писменото од одбраната односно по истек на рокот во кој може одбраната да се произнесе се закажува седницата на советот. Со цел поширока примена на јавни седници, со измените им се овозможува на странките да бараат одржување јавна седница за кривично дело за кое може да се изрече казна затвор над три години, наместо како претходно за дела над пет години. Токму во овој правец оди Заклучокот на Врховниот суд на РСМ⁵³ според кој, по предметите што во судот се заведени по поднесена жалба, а кои се водат по обвинителен предлог, второстепениот суд е должен да ги достави поднесоците од едната страна на увид и на одговор на другата страна заради почитување на принципот на „еднаквост на оружјата“, а јавна седница ќе се одржи доколку е истакнато барање за јавна седница во жалбата, или во одговорот на жалбата.

Одредбите што се однесуваат на **скратената постапка**, во голема мера, се дополнети со упатување на одредбите за запознавање со доказите, информирање за можноста за спогодување за кривична санкција и сл., што се наметна како нужно откако практиката покажа дека овие аспекти биле целосно занемарувани со што се загрозувале процесните можности за ефективна одбрана. Во

⁵⁰ Проблемите во практичната примена се воочени и во анализата: Assessment on the Asset Recovery Legal Framework of the Republic of North Macedonia, (Gordana Lažetić/Pedro Gomez Pereira), GIZ Global Programme of Combating Illicit Financial Flows, December, 2020.

⁵¹ Донесен на 31.1.2022, а достапен на <http://www.vsrn.mk/>.

⁵² Потребна од измена на постојното законско решение произлегува и од согледувањата на авторите на Коментарот на ЗКП, оп. цит., стр. 875.

⁵³ Донесен на 7.12.2021, а достапен на <http://www.vsrn.mk/>.

овој контекст, пред поднесување на обвинителниот предлог, јавниот обвинител е должен да достави известување до осомничениот со можност за увид во сите списи и докази на предметот и со поука дека има рок од 15 дена да понесе исправи и други докази.

Поднесоците на јавниот обвинител во кој било стадиум од постапувањето задолжително ќе бидат доставувани до одбраната со поука дека има право да се произнесе. Врз основа на ставовите на ЕСЧП во предметот *Бајик против РСМ*, дополнувања ќе има и во **постапката по вонредниот правен лек** вонредно преиспитување правосилна пресуда, со цел мислењето од јавниот обвинител без одлагање да биде доставено до одбраната со поука во кој рок таа може да се произнесе со противаргументи.

4. Заклучни согледувања

Еднаквоста на оружјата е гаранција којашто е исклучително важна од аспект на правичното постапување. Евидентно е дека член 6 е најзастапен во апликациите против РСМ пред ЕСЧП. Освртоот врз предметите овозможи согледување на аспектите коишто мора, од една страна, да бидат попрецизно нормирани, но, од друга страна, да бидат и поедначено применувани од страна на судовите. Фокусот мора да биде ставен на присуство на одбраната на седници, доставување на писмената од јавниот обвинител и навремено и целосно запознавање, увид и добивање препис од доказите без оглед дали се води редовна или скратена постапка, како и постапувањето при одлучување за мерката притвор во сите инстанции. Елаборацијата на дел од измените на ЗКП покажува дека тие во значителна мера ги таргетираат согледаните легислативни слабости, нејасноти и односно одредби коишто различно се толкуваат, па оттука нивното побрзо донесување ќе придонесе за отстранување на ризикот да се губат случаи пред ЕСЧП по анализираните основи. Во меѓувреме, постапувањето на судовите треба да се одвива во духот на заклучоците на Врховниот суд на РСМ наведени во трудот. Неопходно е процесот на дигитализација да ги опфати и аспектите на е-достава и изготвување списи во форма на електронски документи согласно со закон, со што ќе се зголеми можноста за размена на доказите во дигитална односно електронска форма, при што значително ќе се зајакне увидот во списите и обезбедување примероци од списи кои одбраната може да ги користи во текот на постапката за оспорување односно намалување на доказната вредност на доказите предложени од јавниот обвинител.

EQUALITY OF ARMS - EUROPEAN COURT'S JUDGMENTS AGAINST MACEDONIA AND CURRENT REFORM OF THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

(Summary)

The paper contains a brief review with a summary analysis of the equality of arms in cases where the ECtHR determined that during the criminal proceedings before the domestic courts the equality of arms, as an aspect of the principle of fair trial, was violated. Several relevant cases were divided into four groups: cases where the rights of the defense were violated due to failure to submit a writ from the Public Prosecutor's Office; cases where the defense was not present at a council session; cases where the defense did not have the opportunity to examine the witnesses against her; and cases where the equality of arms was not respected in the procedure for determining or extending the detention. The paper presents the current amendments to the LCP which address the perceived inconsistencies, misinterpretation and incorrect application in the context of the conclusions adopted by the Supreme Court, sentences from court decisions and prepared analyzes on certain issues. From the above, it is concluded that the applications against our country in relation to Article 6 ECHR are the most common and that current legislative amendments to the LCP shall be enacted as soon as possible.

Keywords: rights of defense, equality of arms, fair trial

ЛИТЕРАТУРА:

1. Daan Asser, *Audi et Alteram Partem: a Limit to Judicial Activity*, in: A.D.E. Lewis and D.J. Ibbetson (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
2. Kelly, John M., "*Audi Alteram Partem; Note*", 1964, *Natural Law Forum*, Paper 84, http://scholarship.law.nd.edu/nd_naturallaw_forum/84.
3. Ruggeri, S. *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Springer International Publishing AG, 2017.
4. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights - Right to a fair trial (criminal limb), Updated on 31 December 2021, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022.
5. Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights, (Eds. J.G.Roca, P.Santolaya), Leiden • Boston, 2012.
6. Schabas, W.A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015.
7. *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings – Individual Rights and Institutional Forms*, (Eds. J.D. Jackson, S.J. Summers), Hart Publishing, Oxford, 2018.
8. Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights - Right to liberty and security, Updated on 31 December 2021, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022.

9. E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith and T. Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2010, Executive Summary and Recommendation <https://www.justiceinitiative.org/uploads/f0e3912e-8916-4911-8193-4bc77af52ef7/criminal-defence-europe-summary.pdf>.
10. Коментар на Законот за кривичната постапка, група автори, ОБСЕ и Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2018.
11. Анализа за употребата на напредни електронски алатки во судството, ОБСЕ и Здружението за кривично право и криминологија, 2020, <https://www.osce.org/files/f/documents/e/7/487546.pdf>
12. Лажетик, Калајџиев, Мисоски, Илиќ-Димоски, *Казнено процесно право – учебно помагало*, Скопје, 2015.
13. Избрани сентенци од практиката на Основниот кривичен суд Скопје, 2013 – 2019, Дополнети со практиката на Европскиот суд за човекови права, Мисија на ОБСЕ во Скопје, 2020.
14. *Assessment on the Asset Recovery Legal Framework of the Republic of North Macedonia*, (Gordana Lažetić/Pedro Gomez Pereira), GIZ Global Programme of Combating Illicit Financial Flows, December, 2020.

Д-р Мелина Гризо, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ПРАВОТО НА ПРИСТАПУВАЊЕ КОН ЕВРОПСКАТА УНИЈА: ПРОЦЕДУРАЛНИ АСПЕКТИ

341.171.071.51(4-672ЕУ)

341.1.071.51

изворна научна статија

Оваа статија има цел да понуди анализа на еволуцијата на правната рамка за пристапување на нови членки кон Европската Унија (ЕУ), како и на нејзината усогласеност со постоечките правила и концепти за пристапување на државите кон меѓународните организации. За таа цел, истражувањето се занимава со следниве прашања: еволуцијата на процедуралните аспекти на клаузулата на пристапување кон ЕУ и постапните промени коишто се случуваа во изминатите децении на ниво на нејзината примена во практиката, за време на повеќе кругови на проширувањето на ЕУ (2). Врз основа на овие сознанија, статијата ја анализира процедурата на пристапување кон ЕУ во споредба со практиката на другите меѓународни организации, со цел да го утврди степенот на усогласеност на концептите и правилата за пристапување на државите кон меѓународните организации, развиени во рамките на меѓународното јавно право (3).

Клучни зборови: право на проширување на ЕУ, процедурално право на пристапување кон ЕУ, пристапување на државите кон меѓународните организации, Договор за основање на ЕУ.

1. Вовед

Во последните децении, проширувањето на ЕУ претставува една од најважните теми на јавниот дискурс во Источна и во Југоисточна Европа. Сепак, разбирањето на правната архитектура на оваа политика останува сложено прашање. Оваа статија има цел да понуди анализа на процедуралните аспекти на еволуцијата на правната рамка за пристапување на нови членки кон ЕУ, како и на нејзината усогласеност со постоечките правила и концепти за пристапување на државите кон меѓународните организации. На почетокот, треба да нагласиме дека, и покрај тековната сложеност на оваа област, уште во 1951 година првиот Договор за основање на Европските заедници предвидел правен основ кој го регулира пристапувањето на нови држави членки.¹ Во текот на наредните де-

¹ Интеграцијата која доведе до создавање на Европската Унија, основана со Договорот од Мастрихт во 1992 година, започна со основање на Европската заедница за јаглен и челик (ЕЗЈЧ) со Договорот од Париз во 1951 година, како и со основањето на Европската заедница за атомска енергија (ЕЗАЕ) и Европската економска заедница (ЕЕЗ), основани во 1957 година.

цении, засилениот ритам на европската интеграција се должел на исклучително смелите амандмани на договорите за основање, а овие процеси постојано вклучувале значителни промени на правилата и концептите за пристапување. И покрај тоа, до денес, многу аспекти на процедурата за пристапување остануваат непрецизни – состојба која им допушта на институциите на ЕУ широки дискрециони овластувања во поглед на интерпретацијата на клаузулата за пристапување. Петтиот круг на проширување (кон Истокот) треба особено да биде истакнат – овој проект, чија цел беше „обединувањето“ на Европа, предизвика зголемување на сложеноста на правото на пристапување, а широкоприфатено објаснување беше потребата да се олесни подготовката на посткомунистичките држави баратели на членство да ги прифатат обврските кои произлегуваат од статусот на членството во ЕУ. Во овој момент, специфичниот профил на тековната политика на ЕУ кон државите од Западен Балкан, наречена Процес на стабилизација и асоцијација (ПСА), исто така, а дури и повеќе, е сложен за разбирање. Имено, ПСА има цел да ја интегрира политичката стабилизација на овие држави со нивните подготовки за последователно пристапување кон ЕУ, а неговата двојна природа укажува дека промените на правото на пристапување кон ЕУ и понатаму се случуваат.

Оваа статија ја анализира, прво, еволуцијата на процедуралните аспекти на клаузулата на пристапување кон ЕУ и постапните промени што се случувале на ниво на нејзината примена во практиката, за време на повеќе кругови на проширувањето на ЕУ во изминатите децении. Второ, статијата ја анализира процедурата на пристапување кон ЕУ во споредба со практиката на другите меѓународни организации, со цел да го утврди нејзиниот степен на комплементарност со концептите и правилата за пристапување на државите кон меѓународните организации, развиени во рамките на меѓународното јавно право.

2. Еволуција на процедуралното право на пристапување кон ЕУ

2.1. Еволуција на процедуралните аспекти на клаузулата за пристапување кон ЕУ

Пред да му пристапиме на прашањето на еволуцијата на клаузулата за пристапување кон ЕУ, важно е да се истакне дека политиката на проширување претставува дел на надворешната политика на ЕУ. Во овој момент, и покрај укинувањето на „Вториот столб“ на правото на ЕУ од страна на Договорот од Лисабон, надворешната политика останува, во најголем дел, во надежност на државите членки – решение коешто гарантира дека начинот на донесување одлуки ќе се одвива на меѓувладино ниво. За разлика од повеќето надворешни политики на ЕУ, проширувањето, како специфичен тип надворешна политика, се потпира, од самиот почеток на европскиот проект, врз правен основ експлицитно вклучен во договорите за основање.² Всушност, патешествието базирано на овој член од договорите остана, долго време, не само амбициозно, туку и постојано – додека основањето на Европските заедници започна во 1951

² Држави основачи на Заедниците се Германија, Франција, Италија, Белгија, Луксембург и Холандија.

година (меѓу 6 држави), првото проширување се случи веќе во 1973 година, а последното во 2013 година (доведувајќи до вкупен број на 28 држави членки, од кои, по Брегзит, останаа 27).

Правните основи на пристапувањето – прозорци кон интеграцијата на нови држави-членки, вклучени веќе во првите три договори за основање на Европските заедници, го предвидоа отворениот карактер на овие организации. Во согласност со забрзувањето на ритмот на европската интеграција, овие договори за основање беа повеќепати модифицирани, при што правиот основ за регулирање на понатамошното проширување беше приспособуван на динамичните трендови.

За време на деценијата на 1950-тите години, иако сите три договори за основање на Заедниците вклучуваа одредби кои го регулираа пристапувањето на нови држави-членки, предвидените процедури за пристапување имаа значителни меѓусебни разлики. Првата клаузула за пристапување предвидена од страна на Договорот за основање на ЕЗЈЧ предвиде процедура на пристапување која го регулираше единствено „супранационалниот“ начин на одлучување.³ Наспроти тоа, клаузулата за пристапување предвидена од страна на Договорот за ЕЕЗ и Договорот за ЕЗАЕ (кои беа идентични) предвидоа многу посложена процедура за пристапување: првата етапа ја предвиде вклученоста на институциите на Заедницата – супранационална етапа, додека втората етапа беше меѓувладина, вклучувајќи ги државите членки.⁴

Првата промена на процедуралните правила, предизвикана од Единствениот европски акт (ЕЕА) од 1986 година, го смени член 237 од Договорот за ЕЕЗ – согласноста на Европскиот парламент така стана, првпат, вклучена во процедурата за пристапување.⁵ На тој начин, промената означи вклучување на уште една супранационална институција во процесот на одлучување за примањето нови држави членки. Сепак, во наредниот период, овој тренд не е продолжен понатаму – целиот „супранационален“ модел на одлучување воведен од страна на Договорот за ЕЗЧЈ, наскоро, е укинат.

Всушност, во контекст на поедноставувањето на општата архитектура на Европските заедници и основањето на ЕУ, Договорот од Маастрихт предвиде, во член О, единствена процедура на пристапување.⁶ Текстот на овој член покажува дека целосно супранационалниот карактер на пристапувањето (предвиден со член 98 на Договорот за ЕЗЧЈ) е напуштен и, во иднина, еволуцијата на клаузулата за пристапување се карактеризира со два аспекта – супранационален и меѓувладин.⁷ И покрај тоа што наредната промена (Договорот од Амстердам)

³ Член 98, Договор за основање на Европската заедница за јаглен и челик, *Traité de Paris établissant la Communauté européenne du charbon et de l'acier* (С.Е.С.А.), 18.4.1951, 261 U.N.T.S. 140.

⁴ Член 237, Договор за основање на Европската економска заедница, *Traité de Rome établissant la Communauté économique européenne* (С.Е.Е.), 25.3.1957, 298 U.N.T.S. 11. Види и: член 205, Договор за основање на Европската заедница за атомска енергија, *Traité établissant la Communauté économique d'énergie atomique* (С.Е.Е.А.), 25.3.1957, 298 U.N.T.S. 167.

⁵ Член 8, Единствен европски акт, *Single European Act*, ОЈЕС, L 169, 29.6.1987.

⁶ Член О, Договор од Маастрихт, *Treaty of Maastricht establishing the European Union* (Treaty on European Union), 7.2.1992, ОЈЕС C 191, 29.7.1992.

⁷ Види: Kochenov Dimitry, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2008), p. 57.

го разјасни, во извесна мера, сложеното прашање на условеноста на пристапувањето, модификација на процедурата не е предвидена.⁸

Наспроти тоа, промените на процедуралните аспекти на правниот режим кој го регулира пристапувањето на нови држави членки, воведени со Договорот од Лисабон, кој е сè уште во сила, заслужуваат особено внимание.⁹ Според промените, националните парламенти треба да бидат информирани за барањето за пристапување, решение кое одговара на генералните барања за намалување на демократскиот дефицит на ЕУ; исто така, начинот на вклученост на Европскиот парламент е сменет – оваа институција се произнесува за барањето со мнозинство гласови наместо со апсолутното мнозинство кое е предвидено претходно. Важно е да се истакне дека модификациите подразбираат вклучување на Европскиот совет во дефинирањето на рамката за тоа дали државата барател би можела да биде примена („eligibility“) – тој елемент, како и воведувањето на обврската за нотифицирање на националните парламенти го зголемува значението на државите членки во процедурата, додека прагот за давање согласност од страна на супранационалниот Европски парламент е намален. На овој начин, процедурата предвидена од страна на клаузулата за пристапување стана значително посложена од претходно.

Очигледно е дека постапните промени на правниот основ за проширување предвиден со договорите се одвиваа во прилог на порастот на меѓувладиниот карактер на одлучувањето за пристапувањето; недоволната прецизност на одредбата овозможи одржување на широките дискрециони овластувања на институциите на ЕУ и на државите членки. Поради тоа, пред да пристапиме кон анализата на оваа клаузула од аспект на меѓународното јавно право, важно е да ги разгледаме прашањата поврзани со развојот на нејзината примена во практиката.

2.2. Примената на процедуралните аспекти на клаузулата за пристапување кон ЕУ во практиката

Независно од повеќекратните промени на правниот основ вклучен во договорите, на ниво на примената во практиката, неговата интерпретација од страна на институциите на ЕУ е крајно флексибилна. Ова високо ниво на

⁸ Член 49, Договор од Амстердам, Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities, 2.10.1997, OJEC C 340, 10.10.1997.

⁹ „Секоја европска земја што ги почитува вредностите споменати во член 2 и се залага за нивно промовирање може да аплицира за членство во Унијата. Европскиот парламент и националните парламенти се известуваат за апликацијата. Земјата што аплицира ја доставува својата апликација до Советот, кој постапува со едногласност, по консултирање со Комисијата и добивање согласност од Европскиот парламент, кој постапува со мнозинство од своите членови. Се земаат предвид критериумите одобрени од Европскиот совет.

Условите за пристапување на нови членови и приспособување на договорите на кои се заснова Унијата, а се наметнуваат со таквото пристапување, се предмет на договор меѓу земјите членки и земјата што аплицира. Овој договор подлежи на ратификација од сите договорни земји, во согласност со нивните уставни барања“.

Член 49, Договор од Лисабон, Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13.12.2007, OJEU C 306, 17.12.2007 (Договор од Лисабон, Konrad-Adenauer-Stiftung во Република Македонија, 2011: <https://www.sep.gov.mk/post/?id=66#.YkWWCShBxPY> [пристапено на 31 март 2022]).

отстапување од текстот на клаузулата за пристапување со текот на времето се претвори, а и сè уште претставува, во основна карактеристика на правото на пристапување кон ЕУ. Всушност, потпирајќи се врз постоењето на практиката на регуларност, униформност, општ карактер и времетраење, како и верувањето дека активностa е обврзувачка – основни елементи на обичајното право, какво што е дефинирано во доменот на меѓународното јавно право, Коченов пишува за обичајно право на проширувањето.¹⁰ Доктрината има дефинирано три клучни прашања во врска со еволуцијата на примената на процедуралните аспекти на клаузулата за пристапување – прво, распределбата на надлежностите за одлучување на различни ЕУ институции и држави членки; второ, развојот на определени етапи од процедурата во целосни политики; и, трето, прашањето за хронологијата на етапите на процедурата на пристапување, како што тие се случуваат на практично ниво.¹¹

Првото прашање, поврзано со распределбата на надлежностите за одлучување за пристапувањето на нови држави, е тесно поврзано со нивото на вклученост во подготовките на овие нови држави да ѝ пристапат на ЕУ. Во контекстот на проучувањата на еволуцијата на правото на проширување на ЕУ, Хилион има идентификувано повеќе фази во периодот на изминатите децении.¹² Првите кругови на проширувањето се карактеризирале со силна вклученост на државите членки и пристап кон државите баратели на членство кој бил неинтервенционистички – ЕУ им има комплетно препуштено на државите баратели на членство да ја исполнат условеноста која се бара за пристапувањето.¹³ Задачата била тешка за исполнување, имајќи предвид дека, за време на првиот круг на проширувањето, воспоставен е есенцијален принцип: заедничкото право – *acquis communautaire* – не е предмет на преговарање, вклучително ниту на нивото на негова ефективна имплементација во пракса.¹⁴ Принципот е дефиниран веќе за време на Самитот во Хаг во 1969 година – решение кое е во спротивност со текстот на вториот параграф на клаузулата за пристапување која експлицитно определува преговори меѓу државите членки и државата барател за условите на пристапување.¹⁵ Овој принцип не е никогаш модифициран

¹⁰ Понатаму, тој аргументира дека развитокот на условеноста за пристапување не предизвикал промена на постојаната природа на ова право, поради тоа што условеноста произлегува од примената на други принципи. Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, op. cit., p. 63, fn. 306.

¹¹ Примената на клаузулата за пристапување во текот на повеќе кругови на проширувањето предизвика посебно внимание од страна на доктрината. Види, на пример: Panayotis Soldatos, “Le régime juridique d’admission dans l’Union Européenne : sa construction évolutive, son application pragmatique, parfois laxiste, et sa portée dans la définition des frontières de l’Union Européenne”, in Marie-Françoise Labouz, Christian Philip, Panayotis Soldatos (ed.), *L’Union Européenne élargie aux nouvelles frontières et à la recherche d’une politique de voisinage* (Bruxelles Bruylant 2006), pp. 61-107 ; Dimitry Kochenov, “EU Enlargement Law: History and Recent Developments: Treaty - Custom Concubinage?”, *European Integration online Papers (EIoP)*, vol. 9, no. 6, 2005, pp. 1–23.

¹² Christophe Hillion, “EU Enlargement”, in Paul Craig, Gráinne De Burca, (ed.), *The Evolution of EU Law* (Oxford Oxford University Press 2011), pp. 187-216.

¹³ Ibidem, p. 193.

¹⁴ Ibidem, p. 192.

¹⁵ Завршно комунике од Самитот во Хаг, Communiqué final du sommet de La Haye, 2.12.1969 : https://www.cvce.eu/obj/communiqué_final_du_sommet_de_la_haye_2_decembre_1969-fr-33078789-8030-49c8-b4e0-15d053834507.html [пристапено на 5.4.2022]; Christophe Hillion, “EU Enlargement”, op. cit., p. 192 and fn. 8 and 11.

и тешкотиите на државите кои пристапуваат кон ЕУ да задоволат некои аспекти на условеноста се ублажени со транзициски мерки – на ист начин е редуцирано и барањето, вметнато во клаузулата за пристапување, за адаптацијата на договорите.¹⁶

За време на проширувањето кон Исток, се одвиваа уште подлабоки модификации на примената на клаузулата за пристапување. Иако пристапот за зачувување на недопрената природа на *acquis communautaire* никогаш не е сметен, во контекст на општата поддршка на јавното мислење и елитите за овој „историски“ проект, управувањето со процесот на пристапување им припадна на институциите на ЕУ наместо на државите членки.¹⁷ Подеднакво важно, првпат, ЕУ беше силно инволвирана во подготовките на државите баратели да ги исполнат условите за пристапување¹⁸ – на тој начин, претходниот, неинтервенционистички пристап е комплетно напуштен.¹⁹

Важечкиот правен режим кој го регулира правото на пристапување претставува нова фаза. Клучен предизвик е фактот дека државите членки повторно имаат контрола врз процесот на пристапување, иако интервенционистичкиот пристап не е напуштен, туку доживува уште повиоко ниво на рафинираност – денес сме сведоци на процедура на пристапување составена од повеќе фази, растечки број институции (и држави членки) инволвирани во одлучувањето, како и сложена (и често индивидуализирана) рамка на условеноста чие исполнување се бара од страна на државата барател за време на сукцесивните фази на пристапувањето.²⁰

Второ прашање забележано од станата на доктрината е трансформацијата на одредени процедурални чекори во целосни политики. Гореспомнатото напуштање на барањето содржано во клаузулата за пристапување кое предвидува „преговори“ претставува одличен пример. Почнувајќи од петтиот круг на проширувањето, ова барање му отстапи простор на почнувањето многу сложени стратегии за проширување, составени од инструменти за финансиска и друга помош, како и детално мониторирање на реформите на државите баратели поврзани со различни аспекти на условеноста на пристапувањето.²¹ Секој од овие аспекти – финансиската и друга помош, како и мониторирањето се понатаму поделени на низа подобласти кои, исто така, се детално регулирани.²² Важно е да се истакне дека барањето за позитивно мислење од страна на Комисијата (прв параграф на клаузулата за пристапување) предизвика, почну-

¹⁶ Christophe Hillion, “EU Enlargement”, op. cit., p. 192; Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, op. cit., pp. 38-57.

¹⁷ Christophe Hillion, “EU Enlargement”, op. cit., p. 193, pp. 199-200.

¹⁸ Ibidem, pp. 193-200.

¹⁹ Ibidem, p. 193.

²⁰ Ibidem, pp. 200-211.

²¹ Европски совет од Есен, Заклучоци на Претседателството, European Council, Essen, Presidency Conclusions, 9-10.12.1994: https://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_en.htm#ext [пристапено на 5.4.2022].

²² Види, на пример: Регулатива на Советот 622/98 за помошта кон државите баратели во рамките на прет-пристапната стратегија и, особено, за основањето на Партнерствата за пристапување, Council Regulation 622/98 on assistance to the applicant States in the framework of the pre-accession strategy, and, in particular, on the establishment of Accession Partnerships, OJ 1998 L85/1; Регулатива на Советот 1266/1999 за координирањето на помошта кон земјите баратели во рамките на претпристапната стратегија и измена на Регулативата 3906/89, Council Regulation 1266/1999 on

вајќи од петтиот круг на проширувањето, редовно мониторирање на државите баратели – „извештаите за прогрес“ се протегнуваат низ многу години и финализираат со конечното мислење на Комисијата за препорака за склучување договор за пристапување.²³ Од одлуката за редовно мониторирање произлегоа цела низа преговарачки поглавја и бенчмаркови критериуми – комплексна терминологија која е, од неодамна, дополнета со „кластери“.²⁴ На тој начин, проширувањето стана „повеќе од обична процедура базирана во Договорот“²⁵. „Константно право, проширувањето во практиката беше претворено во политика која е регулирана од група детални супстантивни правила, вклучувајќи нови и еволуирачки услови...“²⁶

Трето, уште еден значаен аспект на примената во пракса на клаузулата за пристапување кон ЕУ е значителното отстапување од предвидените процедурални чекори. Развојот на хронологијата на фазите од кои е составена процедурата на пристапување е предмет на анализа на повеќе автори.²⁷ Имено, почнувајќи од првите договори, структурата на клаузулата за пристапување предвидува хронолошка поделба на процедурата за проширување во две фази: од една страна, првот параграф на клаузулата го регулира одлучувањето за можноста барањата за пристапување воопшто да бидат земени предвид („супранационална“ фаза) и, од друга страна, вториот параграф на клаузулата регулира преговори за пристапување, во кои се вклучени државата барател и државите членки („меѓувладина“ фаза).²⁸ Сепак, анализата на примената на ниво на практиката

co-ordinating aid to the applicant countries in the framework of the pre-accession strategy and amending Regulation 3906/89, OJ 1999 L 161/68.

²³ Европски совет од Луксембург, Заклучоци на Претседателството, European Council, Luxembourg, Presidency Conclusions, 12-13.12.1997, 29. https://www.europarl.europa.eu/summits/lux1_en.htm [пристапено на 5.4.2022].

²⁴ Комуникација од Комисијата за Европскиот парламент и Совет, Стратегија на проширување и основните предизвици 2006 – 2007, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2006–2007, COM(2006) 649, p. 10; Комуникација од Комисијата за Европскиот парламент и Совет, Европскиот економско-социјален комитет и Комитетот на региони, Зајакнување на процесот на пристапување – Веродостојна перспектива за Западен Балкан, Брисел, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process - A credible EU perspective for the Western Balkans, Brussels, 5.2.2020 COM(2020) 57 final, pp. 4-5.

²⁵ „... (m)ore than a mere Treaty procedure.“, Christophe Hillion, “EU Enlargement”, op. cit., p. 199.

²⁶ “A droit constant, enlargement was in practice turned into a policy governed by a set of elaborated substantive rules, encompassing new and evolving conditions....”, Ibidem.

²⁷ Panayotis Soldatos, George Vandersanden, “L’admission dans la CEE – Essai d’interprétation juridique”, *C.D.E.*, 6, 1968, pp. 674-707 ; Jean-Pierre Puissochet, *The Enlargement of the European Communities. A Commentary on the Treaty and the Acts Concerning the Accession of Denmark, Ireland and the United Kingdom* (Leyden A.W. Sijthoff 1975) ; Frank Hoffmeister, “Changing Requirements for Membership”, in Andrea Ott, Kirstyn Inglis, *Handbook on European Enlargement* (The Hague T.M.C. Asser Press 2002), pp. 90-102, види p. 101; Marc Maresceau, “On Association, Partnership, Pre-Accession and Accession”, in Marc Maresceau (ed.), *Enlarging the European Union : Relations between the EU and Central and Eastern Europe* (London/New York Longman 1997), p. 15 ; Avery Graham, Cameron Fraser, *The Enlargement of the European Union* (Sheffield Sheffield Academic Press 1998), p. 24; Heather Grabbe, “How Does Europeanisation Affect CEE Governance? Conditionality, Diffusion and Diversity”, *Journal of European Public Policy*, 8, 6, 2011, pp. 1013-1031. Цитирано спред: Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, op. cit., p. 60, fn. 296-300.

²⁸ Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, op. cit., p. 57.

укажува дека оваа поделба не постои: составот на одредени институции на ЕУ (кои имаат меѓувладин карактер, како што се Советот и Европскиот совет) гарантира контрола на процесот на пристапување од страна на државите членки и овие институции имаат значително влијание врз примената на клаузулата; исто така, институциите на Заедницата/Унијата, како што се Европскиот парламент и Европската комисија, се вклучени за време на целата процедура на пристапување.²⁹ Поради тоа, надлежностите на вклучените институции отстапуваат од хронологијата на надлежностите кои се регулирани од страна на клаузулата на пристапување.³⁰ Особено е важно да се истакне дека анализата на процесот на пристапување покажува дека иако пред модификациите вклучени во Договорот од Лисабон клаузулата не го предвидела тоа, за време на примената во практиката, Европскиот совет отсекогаш е вклучен во процедурата.³¹

Од петтиот круг на проширувањето, процедурата за пристапување почнува многу пред моментот на доставување на барањето за пристапување, дефинирано од клаузулата за пристапување.³² Анализата на процедурата применета за време на петтиот круг на проширувањето резултира во хронологија од 17 настани – меѓу кои 8 се поврзани со фазата која му претходи на отворањето преговори за пристапување.³³ Моментално важечката политика на проширување – ПСА е цврсто вкоренета во постоечката практика, иако сведочиме, исто така, и на новини. Особено е важно да се истакне дека процедурата на пристапување е диригирана од нова целокупна рамка – воведување продолжена фаза на „стабилизација“ која ѝ претходи на фазата на „асоцијација“, за време на која се случува пристапувањето.³⁴ Исто така, новина е и фазата на „кандидатски статус“, што е целосно без основ во клаузулата за пристапување и, впрочем, во претходната практика на нејзината примена.³⁵

Практиката на флексибилна примена на клаузулата за пристапување предвидена од Договорот за време на повеќе децении и кругови на проширување создаде сложена мрежа на правила и концепти. Исто така, како последица на ваквата практика, значајни процедурални аспекти од правото на проширување

²⁹ Ibidem, pp. 16-17, p. 57; Lendita Memeti, *L'État Candidat à l'Union Européenne* (thèse 2008 Université de Lille 2 – Droit et santé), pp. 20-22; Allan Tatham, *Enlargement of the European Union* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009), p. 240.

³⁰ Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, op. cit., pp. 57-62.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem, p. 61. За детален преглед на развитокот на пред-пристапната стратегија, види: Marc Maresceau, “Pre-accession”, op. cit., pp. 9-42.

³³ Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, op. cit., табела 2, p. 61.

³⁴ Види: Комисија на Европските заедници, Комуникација од Комисијата до Советот и Европскиот парламент за Процесот на стабилизација и асоцијација за земјите од Југоисточна Европа, Босна и Херцеговина, Хрватска, Федеративна Република Југославија, Поранешна југословенска Република Македонија и Албанија, Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the Stabilisation and Association process for countries of South-Eastern Europe, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Federal Republic of Yugoslavia, former Yugoslav Republic of Macedonia and Albania, 26 May 1999, Brussels, COM (1999) 235 final; Декларација од Самитот ЕУ – Западен Балкан, Солун, EU – Western Balkans Summit, Thessaloniki, Declaration, 21.6.2003: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/misc/76291.pdf [пристапено на 5.4.2022].

³⁵ Види, на пример: Европски совет, Брисел, Заклучоци на Претседателството, European Council, Brussels, Presidency Conclusions, 15-16.12.2005, 24: <https://www.refworld.org/docid/43e1ffa24.html> [пристапено на 5 април 2022].

на ЕУ се наоѓаат во состојба на постојана промена. Овој проблем повикува на испитување на процедуралното право на пристапување кон ЕУ во светлината на правилата и концептите дефинирани во рамките на меѓународното јавно право.

3. Процедуралните аспекти на правото на пристапување кон ЕУ и концептот на пристапување на државите кон меѓународни организации

3.1. Процедуралните аспекти на правото на пристапувањето на држави кон меѓународните организации

Растечкиот број институции на ЕУ и на државите членки кои се вклучени во одлучувањето, сложеноста и постојаната промена на процедуралните чекори кои му претходат на пристапувањето, како и изобилството на инструменти предвидени во рамките на стратегиите за проширување можат да доведат до заклучок дека правото на ЕУ кое ја регулира процедурата на пристапување темелно отстапува од правилата и концептите за пристапување во меѓународните организации развиени во рамките на меѓународното јавно право. Како што ќе биде покажано подолу, случајот е сосема спротивен – наспроти динамичниот развој и растечката сложеност, низа елементи на процедурата на пристапување кон ЕУ укажуваат на висок степен на усогласеност со практиката на другите меѓународни организации.

Благодарение на брзиот растеж на бројот на меѓународни договори и меѓународни организации во текот на 20 век, концептот на пристапување е темелно вкоренет во меѓународното јавно право. Доктрината го дефинира како „факт на давање согласност или потврда од страна на една држава во врска со барање, активност, резолуција или текст реализиран или најавен од страна на други држави; факт на приложување на својата согласност кон таа на други држави“.³⁶ Двата посебни случаја се однесуваат на пристапувањето на држава или меѓународна организација кон меѓународен договор или кон меѓународна организација.³⁷ Виенската конвенција за правото на договори го формулира ова прашање многу широко – пристап кој гарантира доволно слобода при определувањето на отвореноста на договорот (вклучувајќи го дури и потполното исклучување на можноста за пристапување од страна на нови држави – страни на договорот).³⁸

Повеќето меѓународни организации се основани по пат на меѓународни договори.³⁹ За анализата на клаузулата за пристапување кон ЕУ, сепак, е

³⁶ “(F)ait pour un État de donner son accord ou son consentement à une demande, à une action, à une résolution ou à un texte réalisé ou annoncé par d’autres États ; fait de joindre son consentement à ceux d’autres États.” Jean Salmon (ed.), *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles A.U.F. Bruylant 2001), p. 38. Цитирано според: Lendita Memeti, *L’État Candidat à l’Union Européenne*, op. cit., p. 4, fn. 37.

³⁷ Lendita Memeti, *L’État Candidat à l’Union Européenne*, op. cit., p. 5.

³⁸ Член 15 (“Expression, par l’adhésion, du consentement à être lié par un traité”), Виенска конвенција за правото на договорите, Convention de Vienne sur le droit des traités, 23.5.1969, U.N.T.S., vol. 1155, p. 331. Lendita Memeti, *L’État Candidat à l’Union Européenne*, op. cit., pp. 6-7.

³⁹ Постојат оредени исклучоци, како што се ОБСЕ и Меѓународниот комитет на Црвен крст. Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge Cambridge University Press 2010), p. 178.

особено значајно меѓународното јавно право кое го регулира пристапувањето на држава или меѓународна организација кон друга меѓународна организација. Тоа е дефинирано на следниот начин: „акт со кој една држава, со акт на волја, станува член на меѓународна организација која веќе постои“,⁴⁰ што, во некои случаи, „може да биде подредено на претходна согласност од страна на одредени органи на организацијата или на нејзините членови“.⁴¹

Во практиката, основачите на секоја меѓународна организација го дефинираат, веќе во одредбите вклучени во правните инструменти со кои се основа соодветната меѓународна организација, проектираниот иден развој во однос на можноста за пристапување од страна на нови држави членки.⁴² Како што има посочено Магливерас, содржината на клаузулата на пристапување е: „...во поголема или помала мера, рефлексивна на причините од кои таа организација била основана, целите за кои е повикана да ги оствари, нејзиното времетраење, бројот на оригинални членови...“.⁴³

Во согласност со сите овие околности, клаузулата за пристапување дефинира бројни елементи: нивото на отвореност за нови членови, процедурата за пристапување, особеностите на државите кои пристапуваат, како и условите кои треба да ги исполнат пред да станат членки.⁴⁴ Особено е важно да се истакне дека, и покрај разноликоста на процедурите за пристапување, во сите случаи во рамките на меѓународното јавно право, условите кои му претходат на пристапувањето претставуваат израз на волјата за пристапување од страна на државата која бара пристапување – во полна согласност со принципот на суверенитетот.⁴⁵

Поголемиот дел од гореизнесените излагања во врска со правото на пристапување кон меѓународните организации се добро познати и вкоренети во случајот на ЕУ. Во продолжение е понудена анализа на правото на пристапување кон ЕУ врз основа на негова споредба со принципите застапени во генералната практика за процедуралните аспекти на пристапувањето на државите кон меѓународните организации.

3.2. Процедуралните аспекти на правото на пристапување кон ЕУ во светлината на меѓународната практика

Веќе самото читање на клаузулата за пристапување кон ЕУ укажува дека волјата на државата барател да го потпише договорот за пристапување прет-

⁴⁰ "(L)'acte par lequel un État, par un acte de volonté, devient membre d'une organisation internationale préexistante" Jean Salmon (ed.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 38. Цитирано според: Lendita Memeti, *L'État Candidat à l'Union Européenne*, op. cit., p. 5 и fn. 39.

⁴¹ "(P)eut être subordonné à un agrément préalable de certains organes de l'organisation ou de ses membres". Ibidem.

⁴² Lendita Memeti, *L'État Candidat à l'Union Européenne*, op. cit., pp. 5-11; Konstantinos D. Magliveras, "Membership in international organizations", in Jan Klabbers, Asa Wallendhal (ed.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Cheltenham Edward Elgar 2011), pp. 84-107, види p. 86.

⁴³ "... (T)o a larger or smaller degree, a reflection of the reasons for which the organization was established, the aims that it has been called upon to materialize, its duration, the number of the original members..." Konstantinos D. Magliveras, "Membership in international organizations", op. cit., p. 86.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Lendita Memeti, *L'État Candidat à l'Union Européenne*, op. cit., p. 9.

ставува важен елемент од процедурата.⁴⁶ Формулацијата на текстот од првиот параграф експлицитно определува дека процедурата започнува кога државата барател го поднесува барањето за членство – иако треба да се истакне дека во практиката овој чекор следува по претходно дадената согласност од страна на ЕУ. Решението според кое процедурата за пристапување започнува со доставувањето барање од страна на државата барател е добро познато во меѓународното јавно право – можеме да го наведеме случајот на Организацијата на американските држави (ОАД).⁴⁷ Сепак е потребно да се спомне дека постојат и други модели – според нив, пристапувањето не може да се случи без покана упатена кон определена држава (како што е случајот на процедурата за пристапување кон НАТО) и, конечно, во некои исклучителни случаи, автоматското право на пристапување, исто така, е возможно.⁴⁸

Стадиумот на поднесување барање, дефиниран со првиот параграф на клаузулата за пристапување кон ЕУ, е проследен со постигнување заедничка согласност за условеноста на пристапување и приспособувањето на договорите, што е дефинирано со вториот параграф („...предмет на договор меѓу земјите членки и земјата што аплицира“⁴⁹). Иако во практиката, како што е спомнато погоре, уште од првите кругови на проширувањето, државата барател немала можност да преговара за овие прашања, вториот параграф јасно определува дека споменатиот договор е поднесен на „ратификација од сите договорни земји“ – во согласност со нивните респективни уставни барања.⁵⁰ Поради тоа, додека практиката во некои значајни аспекти се оддалечува од формулацијата на клаузулата, сепак, во случајот на ЕУ, повеќекратните модификации на процедурата за пристапување секогаш ја уважуваат волјата на државата барател – почнувајќи од стадиумот на поднесување барање сè до ратификацијата на договорот.

Одлучувањето во рамките на институциите и државите членки на ЕУ во врска со пристапувањето на нови држави претставува, без сомнение, посложено прашање. Во сите случаи на меѓународното право, одлуките за пристапување им припаѓаат на членките на меѓународната организација за која станува збор, а тие дејствуваат низ нејзините институции.⁵¹ Сепак, процедурите дефинираат различни модели на одлучување за пристапувањето. Во одредени меѓународни организации, процедурата е ограничена на само еден чекор – поднесување на инструментот за ратификација на основачкиот акт на меѓународната организација. Во некои други, барањето за пристапување кон основачкиот акт е проследено со гласање во институција која е надлежна за тоа во рамките на

⁴⁶ Оваа анализа не ги опфаќа прашањата за квалификациите на државата барател и условите кои таа треба да ги исполни за да биде примена во ЕУ. Поради тоа, доволно е да спомнеме дека овие прашања, исто така, се регулирани (иако на многу редуциран начин) во рамките на клаузулата за пристапување кон ЕУ, а потоа и силно развиени во контекстот на нејзината примена во практиката.

⁴⁷ Lendita Memeti, *L'État Candidat à l'Union Européenne*, op. cit., p. 9.

⁴⁸ На пример, Статутот на Лигата на арапските држави претставува исклучок. Konstantinos D. Magliveras, “Membership in international organizations”, op. cit., p. 86.

⁴⁹ Договор од Лисабон, член 49, втор параграф.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Lendita Memeti, *L'État Candidat à l'Union Européenne*, op. cit., pp. 9-10 ; Konstantinos D. Magliveras, “Membership in international organizations”, op. cit., pp. 86-87.

меѓународната организација.⁵² Постојат, исто така, меѓународни организации кои предвидуваат многу долга процедура – таа опфаќа долготрајни преговори, бројни приспособувања од страна на државата која бара пристапување и испитување на нејзините капацитети да исполни низа суштински услови – освен ЕУ, можеме да го цитираме и случајот со пристапување кон Светската трговска организација (СТО).⁵³

Сепак, во споредба со повеќето други меѓународни организации, случајот на ЕУ е многу посложен. Како што е објаснето претходно, за време на модификациите на клаузулата за пристапување кон ЕУ и нејзината примена, поделбата на надлежности меѓу разни институции на ЕУ и држави членки постојано се менува, и тоа во однос на сите аспекти. Поделбата на надлежности е сложена, прво, во однос на тоа кој донесува одлука за прашањето дали државата воопшто би можела да биде примена („eligibility“); второ, за рамката на условеноста која треба да ја исполни; и, трето, за склучувањето на договорот за пристапување. Исто така, се зголемува и бројот на нивоа на одлучување – актерите вклучени во контекстот на секој процедурален чекор. На пример, преговорите за пристапување кон ЕУ се однесуваат на приспособувањето на државата барател кон различните аспекти на условеноста на ЕУ – овие се поделени, уште од источното проширување, на бројни поглавја, а од неодамна и кластери.⁵⁴ Сложениот карактер и долгото траење на оваа фаза, барам во главните црти, се објасниви со профилот на Унијата – уште од нејзините почетоци, ЕУ има изградено цела низа заеднички политики, како и унифициран економски и правен поредок, што би ја направило простата процедура за пристапување на нови држави крајно проблематична.

Повисокото ниво на сложеност во голема мера се должи на политичката волја на државите членки да влијаат врз процесот на проширување – тенденција која е во пораст за време на тековниот круг на проширувањето. Сепак, вреди да се истакне дека, посматрана од овој аспект, ЕУ повторно не е исклучок. Магливерас укажува на силното влијание на надворешнополитичките пресметки на државите членки врз примената на клаузулите за пристапување во целата меѓународна практика: „...она што не е запишано во таквите клаузули е дека одлуката на постоечките членови да ги поддржат или не барањата за прием би биле, без разлика, под влијание и водени, зависно од случајот, од тоа дали тие имаат пријателски односи кон барателот или меѓу нив струи длабока омраза“.⁵⁵

Во многу случаи, иако државите баратели ги имаат исполнето критериумите за членство, нивното пристапување кон меѓународни организации, сепак, е блокирано, „...затоа што на постоечките членови не им се допаѓаат или

⁵² Michael Farchakh, “Le statut de membre d’une organisation internationale et son acquisition”, in Madame le professeur Evelyne Lagrange, *Conférence de méthode de droit des organisations internationales*, Panthéon-Sorbonne, Université Paris 1, le 10 décembre 2014, pp. 9-10.

⁵³ Ibidem, p. 10.

⁵⁴ COM(2020) 57 final, p. 4.

⁵⁵ “...(W)hat is not written in such clauses is that the existing members’ decision to support or not the applications for admission would be invariably influenced and guided by, depending on the case, whether they have friendly relations with the applicants or whether a deep hatred runs between them.” Konstantinos D. Magliveras, “Membership in international organizations”, op. cit., p. 87.

затоа што се играат компликувани дипломатски игри⁵⁶. Во случајот на ЕУ, пречките кои една држава барател треба да ги надмине за да го помине патот низ сите процедурални чекори кои му претходат на пристапувањето се клучна карактеристика на тековниот бран на проширување. Случајот на РСМ е особено интересен – решавањето на билатералните спорови со Грција и со Бугарија претставува предуслов за напредувањето на скалилото на пристапување. Поради тоа, корисно е да потсетиме дека, веќе во 1960-тите години, Велика Британија се соочи со две вета на Шарл де Гол.⁵⁷ Надвор од ЕУ, до слични проблеми дојде во контекст на примањето во ОН за време на Студената војна.⁵⁸ Во тој контекст, за надминување на застојот придонесе правното мислење на Меѓународниот суд.⁵⁹ Во случајот на ЕУ, иако надворешната политика се наоѓа надвор од јурисдикцијата на Судот на правдата на ЕУ (СПЕУ), доктрината сè почесто истакнува дека токму овој суд е повикан да го расчисти прашањето, врз основ на своите надлежности кои произлегуваат од различни правни принципи.⁶⁰

Начинот на одобрување на пристапот на нови членови, вклучително барањето за едногласна одлука, е особено значајно прашање. Меѓународната практика познава повеќе модели. Како што е наведено претходно, во многу случаи, барањето за пристап од страна на трета држава е предмет на одобрување од страна на членовите, кои дејствуваат преку пленарните органи на соодветната меѓународна организација. Во овој контекст, пленарниот орган може да донесе одлука за примање со просто мнозинство, како што е случајот на Светската здравствена организација (СЗО) или со квалификувано мнозинство, како во случајот на Организацијата за исламска соработка (ОИС).⁶¹ Други меѓународни организации се построги – примањето е предмет на едногласна одлука на пленарните органи, како што е во случајот на НАТО.⁶² Понатаму, постојат случаи кога одлуката за примање од страна на пленарниот орган не е доволна. Во случај на ОН, на одлуката на Генералното собрание ѝ претходи препорака за пристапување дадена од страна на Советот за безбедност.⁶³

Во случајот на ЕУ, веќе првите договори предвидоа дека на одлуката на Советот ѝ претходи задолжително мислење на Високата власт („High Authority“, подоцна: Европска комисија), а овој принцип е задржан сè до Лисабонскиот договор, иако треба да се истакне дека во практиката, за време на етапата на поднесување на барањето, како и во последователните етапи на процедурата за пристапување, оваа институција останува вклучена. Едногласната одлука во Советот, исто така, е дефинирана уште од првите договори, иако во практика,

⁵⁶ „... (B) because existing members took a dislike to them or because complicated diplomatic games were played.” Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem, pp. 87-88.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Peter Van Elsuwege, “Good Neighbourliness as a Condition for Accession to the European Union: Finding the Balance between Law and Politics”, in: Dimitry Kochenov, Elena Basheska (ed.), *Good Neighbourliness in the European Legal Context* (Brill Nijhoff, Leiden/Boston), pp. 217-234, види pp. 231-234; Christophe Hillion, “EU Enlargement”, op. cit., pp. 212-215.

⁶¹ Michael Farchakh, “Le statut de membre d’une organisation internationale et son acquisition”, op. cit., p. 10.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

долго пред да биде спомнат со модификациите воведени од Договорот од Лисабон, едногласната одлука на Европскиот совет, исто така, е составен дел на процедурата. Специфична особина на институционалната структура на ЕУ е Европскиот парламент, чие одобрување, уште од Единствениот европски акт, е составен дел од процедурата за пристапување, а по Лисабон, и обврската за нотифицирање на националните парламенти. Овие бројни чекори, секако, го прават процедуралното право на пристапување кон ЕУ многу посложено, но, сепак, неговите основни карактеристики јасно ги одразуваат решенија присутни насекаде во меѓународната практика.

5. Заклучок

На начин што наликува на другите правни области регулирани со правото на ЕУ, процедурата на пристапување кон оваа меѓународна регионална организација е подложена на динамична еволуција уште од самиот почеток на нејзиниот развој, пред повеќе од половина век. Промените на правниот основ вклучен во договорите на Европските заедници/ЕУ се карактеризираат со постапно поместување на балансот на надлежности во корист на меѓувладиниот модел на одлучување. Ваквиот развој воопшто не изненадува – тој е усогласен со свесните напори на државите членки да ги зачуваат своите национални надлежности при одлучувањето за важното прашање на надворешната политика.

Освен постојаните промени на клаузулата за пристапување, нејзината флексибилна примена, иако не е непозната во меѓународната практика, останува клучна карактеристика на правото на проширување на ЕУ. Токму оваа комбинација од менливост и флексибилност предизвика високо ниво на сложеност на областа. Поради тоа, во практиката, процедурата за пристапување постојано се наоѓа под влијание на бројни институции – супранационални, како и на државите членки. Резултатот од оваа состојба е специфичната двојна природа на правната област – на границата меѓу правото и надворешната политика. Хронологијата зацртана со правниот основ од договорите е во целост замаглена, а одредени процедурални чекори се развиваат во сложени политики.

Анализата, сепак, укажува на висок степен на компатибилност на процедуралните аспекти на правниот режим за пристапување кон ЕУ со меѓународната практика. Имено, големото мнозинство од овие организации во своите основачки акти предвидуваат почит на искажаната суверена волја на државите баратели; започнување на процедурата преку поднесување барање за пристап од страна на државата барател, како и едногласна согласност на постоечките држави членки, изразени преку органите на меѓународната организација за пристапување од страна на новата држава членка. Поради сето тоа, можеме да заклучиме дека, и покрај растечката сложеност на процедурата, правото на пристапување на државите кон ЕУ во голем дел не отстапува од меѓународната практика за пристапување на државите кон меѓународни организации.

THE RIGHT TO ACCESSION TO THE EUROPEAN UNION: PROCEDURAL ASPECTS

(Summary)

The research aims to provide an analysis of the evolution of the legal framework regulating the accession of new Member States to the European Union, as well as its conformity to the existing rules and concepts regulating the accession of States to the international organizations. Apart from the evolution of the procedural aspects of the EU accession clause, the research analyses the gradual changes which occurred in the last decades on the level of its implementation in the practice, in the course of several rounds of accession to the EU. Further on, a comparison to the practice developed within other international organizations is provided.

Key words: EU enlargement law, procedural law on the EU accession, accession of States to the international organizations, Treaty on establishing the EU.

ЛИТЕРАТУРА:

Примарни извори

1. Виенска конвенција за правото на договорите, *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23.5.1969, U.N.T.S., vol. 1155, p. 331.
2. Договор за основање на Европската заедница за јаглен и челик, *Traité de Paris établissant la Communauté européenne du charbon et de l'acier* (С.Е.С.А.), 18.4.1951, 261 U.N.T.S. 140.
3. Договор за основање на Европската економска заедница, *Traité de Rome établissant la Communauté économique européenne* (С.Е.Е.), 25.3.1957, 298 U.N.T.S. 11.
4. Договор за основање на Европската заедница за атомска енергија, *Traité établissant la Communauté économique d'énergie atomique* (С.Е.Е.А.), 25.3.1957, 298 U.N.T.S. 167.
5. Единствен европски акт, *Single European Act*, ОЈЕС, L 169, 29.06.1987.
6. Договор од Маастрихт, *Treaty of Maastricht establishing the European Union* (Treaty on European Union), 7.2.1992, ОЈЕС C 191, 29.7.1992.
7. Договор од Амстердам, *Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities*, 2.10.1997, ОЈЕС C 340, 10.10.1997.
8. Договор од Лисабон, *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, signed at Lisbon, 13.12.2007, ОЈЕУ C 306, 17.12. 2007 (Договор од Лисабон, Konrad-Adenauer-Stiftung во Република Македонија, 2011: <https://www.sep.gov.mk/post/?id=66#.YkWWCShBxPY> [пристапено на 31 март 2022]).
9. Завршно комунике од Самитот во Хаг, 2.12.1969, *Communiqué final du sommet de La Haye*, 2.12.1969 : https://www.cvce.eu/obj/communiqu_e_

- final_du_sommet_de_la_haye_2_decembre_1969-fr-33078789-8030-49c8-b4e0-15d053834507.html [пристапено на 5.4.2022]
10. Европски совет од Есен, Заклучоци на Претседателството, European Council, Essen, Presidency Conclusions, 9-10.12.1994: https://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_en.htm#ext, [пристапено на 5.4.2022].
 11. Европски совет од Луксембург, Заклучоци на Претседателството, European Council, Luxembourg, Presidency Conclusions, 12-13.12.1997: https://www.europarl.europa.eu/summits/lux1_en.htm[пристапено на 5.4.2022].
 12. Декларација од Самитот ЕУ – Западен Балкан, Солун, EU – Western Balkans Summit, Thessaloniki, Declaration, 21.6.2003: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/misc/76291.pdf [пристапено на 5.4.2022].
 13. Европски совет, Брисел, Заклучоци на Претседателството, European Council, Brussels, Presidency Conclusions, 15-16.12.2005: <https://www.refworld.org/docid/43e1ffa24.html> [пристапено на 5 април 2022].
 14. Регулатива на Советот 622/98 за помошта кон државите баратели во рамките на претпристапната стратегија и, особено, за основањето на Партнерствата за пристапување, Council Regulation 622/98 on assistance to the applicant States in the framework of the pre-accession strategy, and, in particular, on the establishment of Accession Partnerships, OJ 1998 L85/1.
 15. Регулатива на Советот 1266/1999 за координирањето на помошта кон земјите баратели во рамките на претпристапната стратегија и измена на Регулативата 3906/89, Council Regulation 1266/1999 on co-ordinating aid to the applicant countries in the framework of the pre-accession strategy and amending Regulation 3906/89, OJ 1999 L 161/68.
 16. Комисија на Европските заедници, Комуникација од Комисијата до Советот и Европскиот парламент за Процесот на стабилизација и асоцијација за земјите од Југоисточна Европа, Босна и Херцеговина, Хрватска, Федеративна република Југославија, Поранешна југословенска Република Македонија и Албанија, Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the Stabilisation and Association process for countries of South-Eastern Europe, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Federal Republic of Yugoslavia, former Yugoslav Republic of Macedonia and Albania, 26 May 1999, Brussels, COM (1999) 235 final.
 17. Комуникација од Комисијата за Европскиот парламент и Совет, Стратегија на проширување и основните предизвици 2006 – 2007, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2006–2007, COM(2006) 649.
 18. Комуникација од Комисијата за Европскиот парламент и Совет, Европскиот економско-социјален комитет и Комитетот на региони, Зајакнување на процесот на пристапување – Веродостојна перспектива за Западен Балкан, Брисел, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social

Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process - A credible EU perspective for the Western Balkans, Brussels, 5.2.2020 COM(2020) 57 final.

Секундарни извори

1. Aust Anthony, *Handbook of International Law* (Cambridge Cambridge University Press 2010).
2. Daillier Patrick, FORTEAU Mathias, Pellet Alain, *Droit international public* (Paris LGDJ 8e éd. 2009).
3. Farchakh Michael, “Le statut de membre d’une organisation internationale et son acquisition”, in *Madame le professeur Evelyne Lagrange, Conférence de méthode de droit des organisations internationales* (Panthéon-Sorbonne, Université Paris 1 le 10 décembre 2014).
4. Grabbe Heather, “How Does Europeanisation Affect CEE Governance? Conditionality, Diffusion and Diversity”, *Journal of European Public Policy*, 8, 6, 2011, pp. 1013-1031.
5. Graham Avery, Fraser Cameron, *The Enlargement of the European Union* (Sheffield Sheffield Academic Press 1998).
6. Hillion Christophe, “EU Enlargement”, in Paul Craig, Gráinne De Burca, (ed.), *The Evolution of EU Law* (Oxford Oxford University Press 2011), pp. 187-216.
7. Hoffmeister Frank, “Changing Requirements for Membership”, in Andrea Ott, Kirstyn Inglis, *Handbook on European Enlargement* (The Hague T.M.C. Asser Press 2002), pp. 90-102.
8. Kochenov Dimitry, “EU Enlargement Law: History and Recent Developments: Treaty - Custom Concubinage?”, *European Integration online Papers (EIoP)*, vol. 9, no. 6, 2005, pp. 1–23.
9. Kochenov Dimitry, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law* (Alphen aan den Rijn Kluwer Law International 2008).
10. Magliveras D. Konstantinos, “Membership in international organizations”, in Klabbers Jan, Wallendhal Asa (ed.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Cheltenham Edward Elgar 2011), pp. 84-107.
11. Maresceau Marc, “On Association, Partnership, Pre-Accession and Accession”, in Maresceau Marc (ed.), *Enlarging the European Union : Relations between the EU and Central and Eastern Europe* (London/New York Longman 1997), pp. 3-22.
12. Maresceau Marc, “Pre-accession”, in Marise Cremona (ed.), *The Enlargement of the European Union*, (Oxford Oxford University Press 2003), pp. 9-42.
13. Memeti Lendita, *L’État Candidat à l’Union Européenne* (thèse 2008 Université de Lille 2 – Droit et santé).

14. Puissechet Jean-Pierre, *The Enlargement of the European Communities. A Commentary on the Treaty and the Acts Concerning the Accession of Denmark, Ireland and the United Kingdom* (Leyden A.W. Sijthoff 1975).
15. Salmon Jean (ed.), *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles A.U.F. Bruylant 2001).
16. Soldatos Panayotis, Vandensanden George, “L’admission dans la CEE – Essai d’interprétation juridique”, *C.D.E.*, 6, 1968, pp. 674-707.
17. Soldatos Panayotis, “Le régime juridique d’admission dans l’Union Européenne : sa construction évolutive, son application pragmatique, parfois laxiste, et sa portée dans la définition des frontières de l’Union Européenne”, in Marie-Françoise Labouz, Christian Philip, Panayotis Soldatos (ed.), *L’Union Européenne élargie aux nouvelles frontières et à la recherche d’une politique de voisinage* (Bruxelles Bruylant 2006), pp. 61-107.
18. Tatham Allan, *Enlargement of the European Union* (Alphen aan den Rijn Kluwer Law International 2009).

Д-р Мишо Докмановиќ, редовен професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

УСТАВНИТЕ АМАНДМАНИ ОД 1990 ГОДИНА КАКО КЛУЧЕН ИНСТРУМЕНТ НА МАКЕДОНСКАТА ТРАНЗИЦИЈА

342.4.047:321.7(497.7)“1990”

изворна научна статија

Трудот ги анализира амандманите на Уставот на Социјалистичка Република Македонија донесени во 1990 година кои претставуваа главен механизам за спроведување на транзицијата во земјата. Донесени во летото на 1990 година, тие во целост ја исполнија својата задача – ја создадоа правната рамка за транзиција од социјалистичко во демократско уредување, го заменија системот на единство на власта со системот на поделба на власта и овозможија организација на првите повеќепартиски избори преку кои беше избрано раководство кое го спроведе процесот на осамостојување на Македонија. Посебно внимание во трудот е посветено на решението во однос на правото на самоопределување.

Клучни зборови: Македонија, Југославија, Устав, независност, транзиција, амандмани

1. Вовед

Во 2021 година се навршуваат точно триесет години од донесувањето на клучните одлуки и документи со кои првпат во историјата беше создадена независна и самостојна македонска држава. Декларацијата за сувереност, Референдумот за независност и донесувањето на Уставот на Република Македонија претставуваат клучните меѓници преку кои земјата се конституираше како самостојна и суверена држава во процесот на дисолуција на Југословенската Федерација.

Периодот од триесет години ја нуди потребната историска дистанца за анализа на овие настани и процеси, а е во функција на изведување на конкретни и релевантни заклучоци за актуелните предизвици со кои се соочува нашата земја. Во овој процес, Република Македонија стана нов субјект на меѓународните односи. Заокружувањето на процесот на осамостојувањето на Република Македонија и стекнувањето на меѓународно-правниот субјективитет ги менуваше границите на Балканот, а паралелно со тоа и ги будеше вечните апетити на соседите. Токму поради тоа, „јаболкото на раздорот“ – Република Македонија се најде исправена пред бројни предизвици и искушенија во процесот на остварувањето на своето осамостојување, како на внатрешен, така и на меѓународен план. Како што е познато, во поголемиот дел на периодот на стекнувањето на независност и меѓународното признавање (1990 – 1993 година), Македонија

беше оставена да биде сама на своето – без меѓународно признавање, без финансиска поддршка, во опасно опкружување и, речиси, без воени сили.

2. Почеток на политичката плурализација

Кон крајот на 1980-тите и почетокот на 1990-тите години, како резултат на глобалните политички процеси, но и на случувањата во Југославија, ветрот на промените почна да се чувствува и во Македонија. Осамостојувањето на Република Македонија го следеа редица настани и процеси коишто претставуваа меѓници на нејзиното внатрешно конституирање како модерна и демократска држава, како и нејзиното вклучување во меѓународната заедница. Од тие причини, во овој труд ќе ги разгледаме прашањата на транзицијата на Македонија од социјалистичко во демократско општество, а особено усвојувањето на амандманите на Уставот на Социјалистичка Република Македонија во 1990 година кои, во суштина, претставуваа главен механизам за спроведување на процесот на транзицијата.

Станува збор за исклучително комплексни процеси кои беа реализирани во краток временски период исполнет со големи емоции, дискусии, расправи и конфликти помеѓу клучните носители на политичките интереси. Процесот на премин од социјалистичко во демократско општество, како што и се очекуваше, комплетно ја промени политичката слика на Македонија – постојните политички субјекти беа принудени да се трансформираат и приспособат на новите услови, а се појавија и голем број нови политички субјекти кои имаа автентична понуда и освоија значителен дел од гласовите на граѓаните.

Иако политичката плурализација во Македонија започна во почетокот на 1990 година, најнапред мора да се осврнеме на настаните кои му претходеа на овој процес и кои претежно се однесуваа на економската сфера. Веќе во 1988 година Македонија ги укина уставните лимити за ограничен развој на приватната сопственост во земјоделството, станбената област и занаетчиството. Овие промени претставуваа пресврт во уредувањето на сопственост и концептот кој се темелеше на доминантна општествена сопственост во социјалистичкиот период.

Во истата година дојде до првичните, отворени манифестации на македонскиот национализам преку јавни протести за заштита на македонското малцинство во Грција и во Бугарија. На ова се надоврзува и успехот од Првата средба на децата-бегалци од Егејска Македонија, одржана во 1988 година. Сите овие движења соодветно се рефлектираа во јавното мислење и во ставовите на политичкото раководство, кое интензивно почна да се залага за заштита на македонските интереси и, како што ќе видиме, заштита на македонското малцинство во соседните земји.¹ Почетокот на реформскиот процес и демократизацијата беа во повеќе наврати најавени и од македонскиот член во колективното Претседателство на СФРЈ, Васил Тупурковски, кој сметаше дека „демонополизацијата на партијата треба да биде прва точка на дневниот ред“.

¹ Во ноември 1989 година, југословенскиот амбасадор во ОН го осуди третманот на македонското малцинство во Грција.

Техничката реализација на овие тенденции започна на последниот Десетти конгрес на Сојузот на комунисти на Македонија (СКМ) кој се одржа во декември 1989 година. На овој конгрес, СКМ се определи да се откаже од монополската позиција којашто ја уживаше во општеството и се определи за развој на политичката демократија. Според Милосавлевски, „трансформацијата на СКМ од политичка партија од болшевички тип во демократска политичка партија од социјалдемократска варијанта“ во тој историски момент беше „една многу важна, можеби најважна работа за политичкиот живот во Републиката“.² Сепак, постојат мислења дека плурализмот беше инаугуриран на ваков елегантен начин токму поради процената дека повеќепартиските избори нема значително да ја променат позицијата на СКМ во општеството. Даскаловски смета дека македонскиот пат кон демократизација се разликува од моделите користени во останатите земји и го поврзува со теоријата за демократизација на Адам Презворски, кој смета дека „либерализацијата“ е можна само доколку „либералите“ во комунистичката партија се сигурни дека демократизацијата ќе им овозможи победа на повеќепартиски избори.³

Покрај тоа, новоизбраниот претседател на Централниот комитет на СКМ, Петар Гошев, на Десеттиот конгрес се заложи за реформи што резултираше во формирање Комисија за општествени реформи во рамките на СКМ, чија цел беше да се отвори процесот на реформи во политичкиот и во економскиот живот во земјата. На состаноците на Комисијата биле разгледувани прашања кои се однесуваа на изградбата на демократско и граѓанско општество, статусот на националните малцинства во Македонија и во соседните земји, приватизацијата и развојот на пазарните односи.⁴

Започнатата демонополизација на еднопартискиот систем во почетокот на 1990 година го отвори патот на првите плуралистички пројави. Тоа, во почетокот, се еколошки друштва („Опстанок“, „Вевчани“, „Молика“, „Виножито“ итн.), а подоцна се јавуваат Сојузот на невработени од Куманово и Лигата за заштита на човековите права и за демократска обнова од Кратово.⁵ Првиот облик на политичко организирање се случи на 4 февруари 1990 година кога се одржа Конститутивното собрание на Движењето за семакедонска акција – МААК. Наскоро беа формирани и Лигата за демократија – ЛД (11 февруари 1990 година), Партијата за демократски просперитет – ПДП (15 април 1990 година), Странката на Југословените во Македонија – СЈМ (26 мај 1990 година), ВМРО – Демократска партија за македонско национално единство – ВМРО-ДПМНЕ (17 јуни 1990 година), Социјалистичката партија на Македонија – СПМ (13 јули 1990 година), Партијата за целосна еманципација на Ромите во Македонија – ПЦЕРМ (12 август 1990 година), Сојузот на реформските сили на Македонија – СРСМ (5 септември 1990 година), Демократскиот сојуз на Турците – ДСТ (22 септември 1990 година) итн. Сојузот на комунисти на Македонија продолжи да егзистира под името Сојуз на комунисти на Македонија – Партија за демократ-

² Милосавлевски С., *Истична Европа помеѓу еѓалиитаризмот и демократијата* (Скопје: ИП „Љуботен“, 1993).

³ Daskalovski Ž., *Elites Transformation and Democratic Transition of Macedonia* (www.klari.net/demo/esshc/abstract.asp?id=969).

⁴ Глигоров К., *Македонија е сè илшо имаме* (Скопје: Издавачки центар „Три“, 2000).

⁵ Мојаноски Ц.Т., *Лешоис на македонската демократија* (Скопје: „Пакунг“, 2000).

ска преобразба и беше формиран со одлука на Претседателството на СКМ на 11 јуни 1990 година.⁶ Во Македонија, во 1990 година беа формирани вкупно 23 политички партии и движења. Бројот на формираните политички партии јасно покажува дека во Македонија дојде до израз т.н. иновациски синдром (дејствување на нови и непознати структури во општествениот живот) карактеристичен за парламентарните демократии во настанување.

Регистрирањето на политичките партии беше регулирано со Законот за општествени организации и здруженија на граѓани.⁷ Со овој закон беше предвидено дека граѓаните кои се здружуваат во општествени организации и здруженија на граѓани заради остварување на политички интереси и цели, можат да се организираат како политички организации, партии и други облици на политичко организирање (член 2). Општествена организација и здружение на граѓани можеа да основаат најмалку 10 полнолетни граѓани со постојано живеалиште во СР Македонија. Интересно е што основачи на организациите не можеа да бидат лица осудени за кривични дела против основите на општественото уредување и безбедноста на СРМ и СФРЈ; против вооружените сили на СФРЈ; против човечноста и меѓународното право; против слободите и правата на човекот и граѓанинот. Имајќи предвид дека процесот на осамостојување на Македонија од Југословенската Федерација ќе заврши по 20 месеци од донесувањето на Законот (со донесувањето на Уставот на Република Македонија на 17 ноември 1991 година), интерес побудува и одредбата од член 23 од Законот која предвидува дека „ќе се забрани работата на општествена организација или здруженија на граѓани ако нивната активност се користи за уривање на основите на општественото уредување утврдено со Уставот и загрозување на независноста на земјата“!

Во контекст на политичката транзиција во Македонија, не треба да се забораваат и општите процеси кои се случуваа во Југославија во текот на 1990 година. Тоа првенствено се однесува на промените кои се случија во неколку републики, но и општоприсутната неизвесност за иднината на Југославија. Дополнителен предизвик беа и последиците од случувањата во Косово – и во однос на статусот на албанската заедница во Македонија и во однос на односите со Србија. Во таа насока, кон крајот на август 1990 година, еден од водечките австриски весници „Винер цајтунг“ објави подолг коментар под наслов „Се зголемува стравот од голема Албанија во Југославија“, во кој, меѓу другото, беше наведено дека во Македонија постои стравување дека „политичкиот плурализам“ во Југославија би можел да доведе до создавање голема албанска држава.⁸ Од друга страна, во август 1990 година, на празникот Илинден, дојде до судир помеѓу македонски граѓани и српската полиција кај манастирот „Св. Прохор Пчињски“. Овој настан имаше далекусежни последици на односите на Македонија со Србија.⁹

⁶ Под ова име СКМ – ПДП продолжи да егзистира до 20 април 1991 година кога името на партијата беше променето во Социјалдемократски сојуз на Македонија (СДСМ).

⁷ Законот за општествени организации и здруженија на граѓани, „Сл. весник на СРМ“ бр. 13, 21 април 1990 година.

⁸ В. „Нова Македонија“, 1 септември 1990 г.

⁹ Докмановиќ, М., (2021) *Сами на своето – крајна историја на македонската независност (1990 1993)*, Фондација „Фридрих Еберт“, Скопје, 2021, стр. 83.

Во контекст на општите случувања во државата, Извршниот совет на СРМ, на седницата одржана на 2 септември 1990 година, расправал за безбедносната ситуација во Републиката, особено во западниот дел на Републиката (општините Тетово и Гостивар). Истовремено, Извршниот совет укажува на незаконити активности на ПДП (блокирање на нормалното функционирање на институциите, формирање своевидни органи, повик на штрајк итн.), како и на активностите на ВМРО – ДПМНЕ (повик на примена на насилни методи и фаворизирање на бугарскиот народ).

Токму овие прашања на уредувањето на идните односи помеѓу мнозинството и помалите заедници, кои срамежливо почнаа да се манифестираат на крајот на осумдесеттите години, ја дадоа главната насока на развојот на внатрешната политика во текот на првата декада на македонската независност.

3. Уставните амандмани – клучен инструмент на транзицијата?

Како резултат на новонастанатите околности во Македонија, во Собранието на Социјалистичка Република Македонија, на 29 август 1990 година, започна расправата за нужните промени на Уставот на СРМ.¹⁰ По еден месец, на 20 септември, Собранието усвои серија од 25 амандмани на Уставот на СРМ. По својата содржина, токму овие амандмани ја создадоа рамката на транзицијата од социјалистичко во демократско општество.

Значајно е да се нагласи дека овие амандмани предвидоа значајни промени во економските односи, но и во политичкиот систем на Републиката. Во таа насока, со амандманот LIX беа гарантирани сите форми на сопственост, но и нивната рамноправност за сметка на дотогаш доминантната општествена сопственост. Беше предвидена и можност над средствата во општествена сопственост да се стекнуваат и други форми на сопственост, а сите форми на сопственост беа предвидени и за средствата на стопанската инфраструктура, што на некој начин претставува навестување на приватизацијата која беше спроведена неколку години подоцна.¹¹ Дополнително, и сопственоста беше предвидена како основа за управувањето и на учеството во управувањето.¹² Со амандманот LXXIII, СРМ, меѓу другото, ја презеде и надлежноста да го обезбедува јавниот ред и мир и да ја организира Службата за јавна безбедност.¹³

Во однос на промените во политичкиот систем, треба да се потенцира дека граѓаните беа утврдени како носители на власта.¹⁴ Согласно со амандманот LXVIII, беше предвидено дека Собранието на СРМ го сочинуваат претставници на граѓаните кои се избираат со непосредно и тајно гласање за мандат од 4

¹⁰ Уставот на СРМ, како втор социјалистички устав, го донесе Собранието на СРМ на 12 април 1974 г. Содржи преамбула, основни начела и нормативен текст од 450 члена.

¹¹ Амандман LIX на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

¹² Амандман LXIII на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

¹³ Амандман LX на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

¹⁴ Амандман LXVI на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

години. Во својство на предлагачи на кандидати за пратеници првпат можеа да се јават граѓаните, политичките организации и другите форми на организирање и здружување.¹⁵ Со ова драматично беше променета структурата и составот на законодавниот дом на Републиката. Согласно со чл. 319 на Уставот на СРМ, беше предвидено дека Собранието го сочинуваат: Собор на здружениот труд, како собор на делегати на работните луѓе во организациите на здружениот труд и во другите самоуправни организации и заедници на трудот; Собор на општините, како собор на делегати на работните луѓе и граѓаните во општините; и Општествено-политички собор, како собор на делегати на работните луѓе и на граѓаните организирани во општествено-политичките организации.¹⁶ Беше утврдено дека Собранието на СРМ го сочинуваат 120 пратеници. Со други зборови, дотогашниот делегатски систем беше заменет со пратенички систем како нова демократска компонента на законодавната власт во Републиката.¹⁷

Соодветна промена претрпе и извршната власт. Во таа насока, наместо колективниот орган – деветчленото Претседателството на СРМ, се воспостави инокосен орган претседател на Републиката (амандман LXXV). Претседателот на Републиката имаше и релативно широка надлежност, меѓу другото, и да предлага кандидат за претседател на Владата на СРМ, како и кандидати за претседател и судии на Уставниот суд на Македонија. Беше предвидено изборот на Претседателот на Републиката да се врши во Собранието со двотретинско мнозинство на гласови од сите пратеници, со тајно гласање и со мандат од 4 години. Во рамките на дебатата за донесувањето на новите амандмани во Собранието, евидентно беше различното мислење особено во однос на колективниот или инокосен орган и начинот на избор на претседателот (директно на избори или во Собранието). Иако првично беше прифатено решението кое го задржа колективното Претседателство на Републиката, под притисокот на јавноста и стручната расправа, на 17 септември 1990 година беше формирана работна група на Комисијата за уставни прашања која требаше да подготви ново решение за инокосен орган. Ова решение беше прифатено од Општествено-политичкиот собор на Собранието на СРМ со 36 гласа „за“ и 5 „против“. Уставните амандмани беа прогласени на 20 септември 1990 година со што Македонија формално стана повеќепартиска држава, а политичкиот живот во земјата беше ослободен од монополот на самоуправувањето.

Покрај претседателот, беше предвидена уште една нова функција со несекојдневно име – потпретседател на претседателот на Републиката. Функцијата имаше лимитирана надлежност. Беше предвидено дека потпретседателот му помага на претседателот и го заменува во случај на отсуство или спреченост да ја врши функцијата. Слично како и со изборот на претседател, и за изборот на потпретседател беше предвидено двотретинско мнозинство од вкупниот број пратеници, со тајно гласање. Оваа функција не беше предвидена во Уставот од 1991 година, а неа ја извршуваше само Љупчо Георгиевски (од 1 февруари до 22 октомври 1991 г.).

¹⁵ Амандман LXVI на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

¹⁶ Устав на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 7/1974.

¹⁷ Докмановиќ, М., (2021) *Сами на своето – крайка историја на македонската независност (1990 – 1993)*, Фондација „Фридрих Еберт“, Скопје, 2021, стр. 85.

За двете нововоспоставени функции во извршната власт беше предвидено дека не можат да вршат друга политичка, јавна или друга општествена функција, ниту професионална дејност.

Вториот елемент во трансформацијата на извршната власт претставуваше формирањето на нов државен орган Влада на СРМ која го замени дотогашниот Извршен совет. Со амандманот LXXVI беше предвидено дека Владата на СРМ ја сочинуваат претседател, еден или повеќе потпретседатели и членови (министри) кои раководаат со одделни републички органи на управата или вршат други должности што ќе им ги довери Владата. Во суштина, промените што беа извршени во делот на Извршниот совет, односно Владата, беа повеќе од термилошка природа.

Како што веќе беше нагласено, предлогот за претседател на Владата го дава претседателот на СРМ врз основа на претходни консултации со политичките организации, односно политичките партии застапени во Собранието. Со амандманот LXXVI беа утврдени и надлежностите на Владата, особено во воена состојба, во случај на непосредна воена опасност или доколку не постои можност за свикнување на Собранието, како и парламентарните механизми за контрола на Владата (прашањето на доверба на Владата и интерпелација).¹⁸

Значајно е да се нагласи дека во овие уставни амандмани беше утврдена и постапката за пристапување кон измена на Уставот на СРМ, согласно со новопредвидените државни органи. Ова е од особено значење за процесот на стекнување на независноста со оглед на фактот дека само осум месеци подоцна фактички беше започната постапка за донесување нов демократски устав на Македонија. Во амандманот LXXIX беше предвидено дека предлог за пристапување кон измена на Уставот на СРМ може да поднесат Претседателот, Владата или најмалку 30 пратеници. Предлогот за пристапување кон измена на Уставот се сметаше за усвоен доколку за него гласаат најмалку две третини од сите пратеници. Нацртот на актот за измена на Уставот на СРМ го утврдува Собранието со мнозинство гласови на сите пратеници и го става на јавна дискусија. По спроведувањето на јавната дискусија, Собранието го утврдува предлогот на актот за измена на Уставот и одлучува по него.¹⁹

Не е помалку важно да се нагласи дека со овие амандмани првпат беше воведена експлицитна одредба во еден македонски устав која се однесуваше на обврската за грижа на македонското малцинство во соседните земји. По-конкретно, со амандманот LVIII беше предвидено дека СРМ се грижи за положбата и правата на деловите на македонскиот народ во соседните земји, за Македонците во другите земји, за иселениците од Македонија и за граѓаните на привремена работа во странство и го поттикнува и помага одржувањето и развојот на врските со нив.²⁰

Значајно е да се нагласи дека Собранието на СРМ подолг временски период се занимаваше со прашењето на положбата на македонското малцинство

¹⁸ Амандман LXXVI на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

¹⁹ Амандман LXXIX на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

²⁰ Амандман LVIII на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.

во соседните земји. Во таа насока, Собранието на 22 ноември 1989 година усвои „Заклучоци“ за односите на СФРЈ со соседните земји, а особено во контекст на признавањето и почитувањето на правата на македонското малцинство. Во тој контекст, Собранието меѓу другото побара како од сојузните така и од републичките органи да го следат остварување на правата на малцинството како и да предлагаат преземање на соодветни мерки и активности.²¹ На 7 јуни 1990 година Собранието донесе и посебна „Декларација за односите со соседните земји и положбата на македонското национално малцинство“. Со оваа декларација меѓу другото беше изразена загриженост и вознемиреност поради негативниот однос кон положбата и правата на македонското малцинство во Бугарија, Грција и Албанија и побара осовременување и ревитализација на југословенската надворешна политика и за остварувањето на деловите на југословенските народи во соседните земји.²²

Грижата за правата на македонското малцинство беше вклучена и во одредбите на Уставот од 1991 година и како што ќе видиме подоцна, претставуваше извор на дополнителна тензија во односите со соседните земји особено Грција и Бугарија.

Покрај тоа, со амандманот LXXIV беше предвидено дека Собранието со двотретинско мнозинство гласови на сите пратеници одлучува за правото на македонскиот народ за самоопределување, вклучувајќи го и правото на отцепување од заедницата на југословенските народи, како и за менување на границите на Републиката и за републичките празници. Според овој амандман, одлуката за остварување на правото на самоопределување, вклучувајќи го и правото на отцепување од заедницата на југословенските народи, се смета за конечна само ако за нив на референдум се изјасни мнозинството од граѓаните на Републиката²³. Според Шкариќ, со овој амандман е создадена уставна основа за мирно и демократско одвојување на македонската држава од југословенската федерација. По Уставот на Бурма од 1947 година, амандманот LXXIV е втор пример во споредбеното уставно право со кој се уредува правната процедура за одвојување на одделна членка од федералната држава²⁴.

Од дистанца на 30 години од донесувањето на овие амандмани, може да се констатира дека тие во целост ја исполнија својата задача – ја создадоа правната рамка за транзиција од социјалистичко во демократско уредување, го заменија системот на единство на власта со системот на поделба на власта и овозможија организација на првите повеќепартиски избори преку кои беше избрано раководство кое го спроведе процесот на осамостојување на Македонија. Со други зборови, последното социјалистичко Собрание со едноставен пристап визионерски ги утврди клучните точки на интервенција во постојниот уставен текст без притоа да се создадат конфликтни ситуации при нивното донесување и имплементација. Во македонскиот јавен дискурс е ре-

²¹ Заклучоци на Собранието на СРМ, „Сл. весник на СРМ“ бр. 104/1990.

²² Декларација за односите со соседните земји и положбата на македонското национално малцинство, Собрание на СРМ, „Сл. весник на СРМ“ бр. 19/1990.

²³ Амандмани на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, прогласени на 20 септември 1990 година („Сл. весник на СРМ“ бр. 28 од 21 септември 1990 година).

²⁴ Шкариќ С., *Демократска транзиција во Република Македонија* во Годишникот на Правниот факултет во Скопје том 39, 1999/2001.

чиси и заборавен фактот дека со уставен амандман беше утврдено и правото на самоопределување, вклучувајќи го и правото на отцепување од Југославија и тоа по пат на референдум како што и беше реализирано. Конечно, нововоспоставените политички односи самите по себе доведоа до креирање поголем број политички партии со различен кадровски и идеолошки потенцијал, кои во своите политички и изборни програми понудија различни концепти за излез од југословенската криза и, соодветно на тоа, различни идеи за решавање на статусот на Македонија (независна држава, федеративна единица или членка на конфедерација, сојуз на суверени држави).

1990 CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AS A KEY INSTRUMENT OF THE MACEDONIAN TRANSITION

(Summary)

The article is focused on the amendments of the Constitution of the Socialist Republic of Macedonia adopted in 1990 which represent the main mechanism for the implementation of the transition. Adopted in the summer of 1990, the amendments entirely fulfilled their tasks - to create the legal framework for the transition from a socialist to a democratic system, to replace the system of unity of power with a system of separation of powers and to set-up the ground for organization of the first multi-party elections which legitimize the leadership that implemented the process of independence of Macedonia. Special attention in the paper is paid to the regulation of the right to self-determination.

Keywords: Macedonia, Yugoslavia, constitution, independence, transitions, amendments

ЛИТЕРАТУРА

1. Daskalovski Ž., Elites Transformation and Democratic Transition of Macedonia (www.klari.net/demo/esshc/abstract.asp?id=969).
2. Амандман LIX на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
3. Амандман LVIII на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
4. Амандман LX на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
5. Амандман LXIII на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
6. Амандман LXVI на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
7. Амандман LXVI на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
8. Амандман LXXIX на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
9. Амандман LXXVI на Уставот на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 28/1990.
10. Глигоров К., *Македонија е сè што имаме* (Скопје: Издавачки центар „Три“, 2000).
11. Декларација за односите со соседните земји и положбата на македонското национално малцинство, Собрание на СРМ, „Сл. весник на СРМ“ бр. 19/1990.
12. Докмановиќ, М., (2021) *Сами на своето – крајна историја на македонската независност (1990 – 1993)*, Фондација „Фридрих Еберт“, Скопје.
13. Заклучоци на Собранието на СРМ, „Сл. весник на СРМ“ бр. 104/1990.

14. Закон за општествени организации и здруженија на граѓани, „Сл. весник на СРМ“ бр. 13, 21 април 1990 година.
15. Милосавлевски С., *Источна Европа помеѓу елитаризмот и демократијата* (Скопје: ИП „Љуботен“, 1993).
16. Мојаноски Ц.Т., *Летопис на македонската демократија* (Скопје: „Пакунг“, 2000).
17. Устав на Социјалистичка Република Македонија, „Сл. весник на СРМ“ бр. 7/1974.
18. Шкарик С., *Демократска транзиција во Република Македонија во Годината на Правниот факултет во Скопје том 39, 1999/2001.*

Д-р Елена Нешовска Ќосева, вонреден професор
на Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

КОН ИДЕЈАТА ЗА ВОВЕДУВАЊЕ АЛТЕРНАТИВНИ МЕХАНИЗМИ ЗА РЕШАВАЊЕ ДАНОЧНИ СПОРОВИ

341.62/.63:336.227]:341.24(4-672ЕУ)

Прегледна научна статија

Долг временски период билатералните договори за спречување двојно оданочување на доходот и капиталот ефикасно ја остваруваа целта на своето постоење, а тоа е елиминирање и/или намалување на негативните последици кои се јавуваа како резултат на судирот на две даночни јурисдикции. Сепак, и покрај широкораспространетата мрежа од повеќе од 3.000 вакви билатерални договори на глобално ниво, даночните обврзници сè уште се соочуваат со двојно оданочување на нивниот доход, добивка или капитал поради непримена или погрешно толкување на одредбите од склучените билатерални договори. Така, денес е евидентен трендот на зголемување на бројот на даночни спорови.

Свесни за постоењето на овој проблем, за неговата комплексност и за последиците од него, повеќето држави при склучување билатерални договори инкорпорираат одредби за заемно решавање на даночните спорови. Дополнително, голем дел од нив се одлучуваат за преземање чекор повеќе и го применуваат институтот на задолжителна даночна арбитража. Покрај во билатералните договори, овие два механизми за решавање на даночните спорови се предвидуваат и во Арбитражната конвенција на ЕУ, како и во Директивата за решавање даночни спорови во ЕУ за даноците на доход и капитал која им наметнува обврска на државите членки на Унијата во своите национални даночни законодавства да воспостават систем на алтернативно решавање на даночните спорови.

Несомнено, современите тенденции во меѓународното даночно право и даночното право на Европската Унија ќе имаат свое влијание и врз даночниот систем на Република Северна Македонија, иако до овој момент македонското национално и прекугранично даночно право не предвидуваат механизми за алтернативно решавање на даночните спорови, ниту го познаваат институтот на даночна арбитража.

Клучни зборови: меѓународно двојно оданочување, даночни спорови, постапка на заемно договарање, даночна арбитража.

1. Вовед.

Во свет на интензивна глобализација, каде што новите технологии нудат повеќе можности за преземање прекугранични активности, самото преминување на трансакциите од национално на меѓународно ниво повлекува потреба од нивно регулирање. Еден од аспектите на прекуграничните трансакции

чијашто регулатива е особено важна е оданочувањето, не само поради неговите реперкуси и комплексност, туку и поради негативните последици од примената на даночните прописи на две даночни јурисдикции врз еден ист даночен обврзник или даночен објект. Овие негативни последици се однесуваат како за даночните обврзници, така и за државите¹. Со цел да се контролира на начинот на кој ќе се изврши оданочувањето во ситуација кога две држави имаат право да оданочат еден ист вид доход или капитал, државите склучуваат билатерални договори за избегнување на меѓународното двојно оданочување². Овие договори настојуваат да се избегне јуридикското двојно оданочување, но поради разликите во правните системи и разликите во толкувањата на договорите, не секогаш се постигнува целосно избегнување на двојното оданочување.

Доколку даночниот обврзник се најде во ситуација да биде двојно оданочен, најпрво треба да реагира кај надлежниот даночен орган или суд во резидентната држава. Но, ако двојното оданочување, сепак, не се спречи, даночниот обврзник може да се обиде да изнајде решение кај даночните власти или судството на другата држава договорничка каде што се случува двојното оданочување. Даночните обврзници кои и понатаму ќе бидат предмет на двојно оданочување можат да побараат од двете вклучени држави да се состанат заради разрешување на даночниот спор кој настанал околу соодветно распределување на правото на оданочување, односно примена на склучениот билатерален договор за спречување двојно оданочување на доходот и капиталот помеѓу инволвираните држави потписнички.

Основата на механизмите за решавање даночни спорови во меѓународното даночно право може да се најде во член 25 од ОЕЦД Модел – даночната конвенција за доход и капитал. Во овој контекст, член 25 (1) и 25 (2) од ОЕЦД Модел Конвенцијата предвидуваат решавање на даночниот спор од страна на надлежните даночни органи од двете држави договорнички по пат на меѓусебен договор, што го означува, всушност, почетокот на постапката за заемно договарање³. Оваа постапка, која е независна од управните и судските механизми за решавање на спорите во националните правни системи, им овозможува на даночните администрации на двете држави потписнички да изнајдат заедничко решение за приговорите од даночните обврзници кои се однесуваат на неправилната примена на договорот. Таа се состои од неколку фази – започнува со поднесување приговор од страна на даночниот обврзник, а завршува со имплементација на заедничкото решение. Но, постојат ситуации во кои не може да се постигне заемно прифатливо решение, најчесто поради несогласувања за одредени суштински прашања или, пак, поради недоволна вклученост од страна на еден или двата даночни органа⁴.

Заради решавање на даночните спорови и во вакви ситуации, во 2008

¹ Anglès Juanpere, Benjami, *The Resolution of Tax Disputes and International Tax Arbitration*, European Journal of Business and Management Research, 2020, стр. 1.

² Нешовска Косева, д-р Елена, *Даночен тирейман на ирекузраничните активностии низ иризмата на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот*, Стоби трејд, Скопје, 2016, стр. 123.

³ Pistone, Pasquale, de Goede, Jan, *Flexible Multi-Tier Dispute Resolution in International Tax Disputes*, IBFD, Amsterdam, 2020, стр. XXV-XXVI.

⁴ Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Dispute Avoidance and Resolution*, 2019, стр. 3.

година беа направени измени на ОЕЦД Модел – даночната конвенција, така што член 25 е дополнет со став 5, кој ја предвидува даночната арбитража како механизам за решавање даночен спор. Исто така, предвидено е и доколку преговорите помеѓу засегнатите држави не резултираат со договор во рамките на одреден временски период (најчесто две години), да се формира независно тело (арбитражна комисија) кое треба да донесе решение за спорот, а одлуката ќе биде задолжителна и за двете држави (задолжителна даночна арбитража)⁵.

Арбитражата како механизам за решавање спорови во меѓународното даночно право е релативно млад феномен, иако дискусиите за користење на овој механизам датираат од почетокот на дваесеттиот век на ниво на Друштвото на народите. Првата модерна конвенција за двојно оданочување во која е предвидена арбитражата е потпишана во 1989 година помеѓу Германија и САД. Веднаш потоа, следејќи го овој пример, на состанокот на Советот на ЕУ на 23 јули 1990 година, беше потпишана Конвенцијата за елиминирање на двојното оданочување во врска со усогласувањето на добивката на здружените претпријатија (Арбитражна конвенција на ЕУ). Главната цел на Арбитражната конвенција на ЕУ е да се елиминира двојното оданочување кое произлегува од усогласувањето на добивката во однос на зделките помеѓу поврзани претпријатија во рамки на компаниите кои се резиденти на ЕУ. Арбитражната конвенција на ЕУ нема карактер на инструмент на правото на ЕУ, туку е мултилатерална конвенција според меѓународното јавно право. Нејзината уникатност произлегува од фактот дека таа е прва современа конвенција која предвидува обврзувачки механизам за решавање спорови и има широк територијален опсег, бидејќи е применлива во сите земји членки на ЕУ. Предност на оваа конвенција е тоа што таа поставува рок во времетраење од три и пол години во кој земјите членки мораат да ги решат даночните спорови. Сепак, Арбитражната конвенција на ЕУ нуди механизам за решавање на споровите, но не ја спречува појавата на двојно оданочување, па поради тоа и споровите помеѓу земјите членки и земјите членки и даночните обврзници секојдневно растат⁶. Според направените процени, во рамките на Унијата има околу 900 даночни спорови кои се поврзани со примената на билатералните договори и мултилатералните конвенции за избегнување на двојното оданочување, чија вредност е околу 10,5 милијарди евра⁷.

Следејќи ја иницијативата на ОЕЦД и воведувањето на проектот БЕПС, ЕУ конечно се соочи со фактот дека мора да се справи со недостатоците и празнините во постојните механизми за решавање на даночните спорови, кои имаат билатерален карактер. За таа цел, Советот на ЕУ во 2017 година ја одобри Директивата (2017/1852) за механизмите за решавање даночни спорови во ЕУ за даноците на доход и капитал, која ја воспоставува обврската за земјите членки да имплементираат и да развијат систем за решавање даночни спорови кој вклучува арбитража, за да се донесе обврзувачка вонсудска одлука. Постојат три главни причини поради кои е донесена оваа Директива: прво, потребата од

⁵ European Commission, *Proposal for a Council Directive on Double Taxation Dispute Resolution Mechanisms in the European Union*, Strasbourg, 2016, стр. 6.

⁶ Pit, Harm Mark, *The EU Arbitration Convention: An evaluating assessment of the governance and functioning of the EU Arbitration Convention*, University of Groningen, 2016, стр. 1, 20-22.

⁷ *Resolution of tax disputes in the European Union* (europa.eu)

имплементација на одредбите од Акцијата 14 на БЕПС проектот во рамките на ЕУ; второ, желбата на ЕУ да се ограничи примената на билатералните клаузули кои се однесуваат на постапката за заемно договарање и, на крај, притисокот од мултинационалните компании да се воведат брз, безбеден, пријателски и евтин механизам за решавање на даночните спорови помеѓу даночните администрации. Преамбулата на Директивата ги потврдува недостатоците на постапката за заемно договарање од билатералните договори и од Арбитражната конвенција на ЕУ, како и фактот дека постои круцијална потреба од воведување ефикасна и ефективна рамка за решавање даночни спорови, со што ќе се обезбеди правна сигурност и поволна бизниссредина за инвестирање во рамките на Унијата. За таа цел, прво, земјите членки мора да имплементираат превентивни мерки за да се избегнат конфликтите помеѓу договорите и домашното право; второ, мора да поттикнат пријателско решавање на даночните спорови и, на крај, да воспостават арбитражна постапка која брзо и ефикасно ќе ги реши даночните спорови надвор од правосудниот систем⁸. Новиот механизам, кој стапи во сила на 1 јули 2019 година, се смета за клучен во промовирањето фер и правично оданочување во границите на ЕУ⁹.

Со оглед на тоа што Директивата се однесува на споровите меѓу земјите членки во врска со примената и толкувањето на договорите за избегнување на двојното оданочување, таа на некој начин ја дополнува Арбитражната конвенција на ЕУ, која ги опфаќа само споровите поврзани со трансферните цени и усогласувањето на добивката меѓу поврзани претпријатија. Предвидувајќи ја постапката за заемно договарање, заедно со даночната арбитража и алтернативните механизми за решавање даночни спорови, се очекува таа да го обезбеди најефективниот систем кој е заснован на соодветни правила за решавање на даночните спорови. Крајниот рок за имплементација на Директивата за земјите членки беше 30 јуни 2019 година, додека, пак, првите резултати од анализите кои ќе се направат за оценка на спроведувањето на Директивата се очекува да бидат објавени во извештајот на Европската комисија најдоцна до 30 јуни 2024 година¹⁰.

Соодветно на кандидатскиот статус за членство во Унијата, Република Северна Македонија ќе мора да изврши хармонизација на своето законодавство во овој сегмент, согласно со барањата на Директивата. Притоа, како една од главните придобивки од воведувањето на новиот механизам за решавање даночни спорови се очекува да биде зголемувањето на правната сигурност на македонските фирми кои остваруваат приходи од доход и капитал во границите на ЕУ¹¹.

Главната идеја на овој труд е да се посочат причините кои во современото меѓународно даночно право ја наметнаа потребата од изнаоѓање алтернативни решенија за успешно решавање на сите оние спорни ситуации кои произлегуваат од неправилна примена или погрешно толкување на одредбите

⁸ Anglès Juanpere, *The Resolution of Tax Disputes and International Tax Arbitration*, стр. 7-8.

⁹ *Tax Dispute Resolution Directive: An Important Step for the EU* - Kluwer International Tax Blog (kluwertaxblog.com)

¹⁰ *The EU Sets the Standard for International Tax Dispute Resolution* - Kluwer Arbitration Blog

¹¹ *НОВ МЕХАНИЗМ ЗА РЕШАВАЊЕ НА ДАНОЧНИТЕ СПОРОВИ ВО ЕВРОПСКАТА УНИЈА* (faktor.mk)

на склучените билатерални договори за избегнување двојно оданочување на доходот и капиталот од страна на даночните власти на државите договорнички. Во овој контекст, ќе биде извршена сеопфатна даночно-правна анализа на мултилатералните документи кои во себе опфаќаат низа механизми за решавање на даночните спорови, со посебен осврт на правната рамка во Европската Унија. И конечно, низ една критичка призма, во трудот се разгледуваат можностите и подготвеноста на македонските власти за инкорпорирање на механизмите за решавање на даночните спорови од меѓународното даночно право во даночниот систем на Република Северна Македонија.

2. Теоретски осврт кон потребата за постоење и развој на алтернативни механизми за решавање на даночните спорови

Меѓународен даночен спор настанува кога меѓу две држави постои несогласување околу распределбата на даночните приходи кои произлегуваат од трговски и инвестициски трансакции меѓу нивните територии¹². Во денешно време постои глобален тренд на зголемување на бројот на меѓународни даночни спорови. Според ОЕЦД, активностите за спречување на ерозијата на даночната основа и промените во добивката од проектот БЕПС е можно да доведат до нови проблеми во толкувањето на договорите, а со самото тоа и до поголем ризик од двојно оданочување. Зголемувањето на ризикот од двојно оданочување значи и повеќе прекугранични даночни спорови, кои можат да ги загорзат прекуграничната трговија, странските инвестиции и економскиот раст. Со цел да се спречи прекумерниот раст на даночни спорови, постоењето механизми кои ќе овозможат брзо и ефикасно решавање на спорите е од исклучителна важност¹³.

Кога станува збор за меѓународните даночни спорови, главна тешкотија е тоа што не постои меѓународно судско тело преку кое спорот би се решил со помош на традиционалните правни лекови. Нивното решавање е возможно само со договор меѓу двете држави, бидејќи суверенитетот кој тие го имаат ја исклучува можноста едно судство да одлучува за случајот. Згора на тоа, кај прекуграничните даночни спорови се вклучени три страни: двете инволвирани држави и даночниот обврзник. Во некои спорови, како што се оние со трансферните цени, може да се јават и повеќе страни: покрај двете инволвирани држави, да има и најмалку два даночни обврзници, најчесто матичната компанија и нејзината подружница. Поради тоа, неопходно е постоење задолжителни механизми за решавање на даночните спорови, а особено на задолжителната даночна арбитража, како *ultimum remedium*¹⁴.

Исто така, постоењето на ваквите механизми е важно и од аспект на меѓународното двојно неоданочување¹⁵. Овој феномен кој претставува неплаќање данок во ниту една јурисдикција, го поткопува интегритетот на билатералните договори и е штетен за даночното усогласување. Покрај тоа, не е ниту во

¹² *ibid*, стр.4.

¹³ Pistone, de Goede, *Flexible Multi-Tier Dispute Resolution in International Tax Disputes*, стр. XXV.

¹⁴ *ibid*, стр. XXVIII, XXIX.

¹⁵ Anglès Juanpere, *The Resolution of Tax Disputes and International Tax Arbitration*, стр.2.

согласност со принципот на рамномерност во оданочувањето. Меѓународното двојно оданочување прерасна во голем проблем кој бара порешителна примена на мерки и механизми заради успешно справување со него¹⁶.

Интерес за решавање на меѓународните даночни спорови постои веќе подолго време. Меѓународната фискална асоцијација (IFA), Меѓународната адвокатска комора (IBA) и Меѓународната стопанска комора (ICC) на нивните состаноци и конференции со години го разгледуваат овој проблем. По неколку обиди за решавање на ова прашање од страна на неколку меѓународни тела, Организацијата за економска соработка и развој (ОЕЦД) во 2013 година го претстави Акциониот план за справување со проблемите поврзани со ерозијата на даночната основа и промените во добивката (БЕПС). Покрај останатите меѓународни играчи, во делот на решавање на даночните спорови посебно место има и Европската Унија, која во 2017 година донесе Директива со која на земјите членки им наложува да имплементираат соодветен систем кој ќе обезбеди ефективни решенија за ваквиот тип спорови¹⁷.

3. Механизми за решавање на даночните спорови во меѓународното даночно право

Долги години наназад билатералните договори за избегнување на меѓународното двојно оданочување имаа клучна улога во напорите на меѓународната заедница за создавање заедничка правна рамка помеѓу две држави, која ќе овозможи елиминирање на двојното оданочување и избегнување на негативните ефекти врз нивните даночни приходи¹⁸. И покрај нивната ефикасност во реализацијата на оваа главна цел, сепак, се забележуваат ситуации на повторно двојно оданочување и покрај постоењето склучен билатерален договор.

Доколку даночниот обврзник се соочи со ваква ситуација, билатералните договори ја предвидуваат *посийајката* за *заемно договарање* како прва опција за разрешување на даночниот спор. Недостаток на овие постапки е тоа што во многу ситуации се покажуваат како неефективни, бидејќи е потребно долго време за да се изнајде вистинското решение, а во некои спорови воопшто не се доаѓа до тој момент. Со самото ова расте и бројот на нерешени даночни спорови, што носи дополнителни негативни последици. Од овие причини, во договорите се предвидува институтот на *даночната арбитража*, која е следен чекор во решавањето на меѓународните даночни спорови.

3.1. Постапка на заемно договарање

Постапката за заемно договарање е првиот механизам за решавање на даночните спорови, предвиден во билатералните договори. Станува збор за

¹⁶ Нешовска Ќосева, *Даночен третман на прекуграничните активности низ призма на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот*, стр. 91-93.

¹⁷ Anglès Juanpere, *The Resolution of Tax Disputes and International Tax Arbitration*, стр. 1.

¹⁸ Пендовска, Максимовска Стојкова, Зафироски & Нешовска Ќосева, *Даночно право*, Универзитетски учебник, Издавач: Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, ISBN 978-608-4655-87-9, Скопје, 2021, стр. 167-170.

постапка која е целосно независна од судските и административните постапки за решавање спорови во националните правни системи. Таа им овозможува на државите потписнички на договорот, преку овластени лица од нивните даночни администрации, да одлучат по приговорите поднесени од даночните обврзници, во случаите кога има неправилна примена на договорот. Оваа постапка претставува еден вид гаранција за даночните обврзници дека при потенцијално неправилна примена на договорот можат да се обратат кај која било од двете даночни администрации. Токму поради ова, таа е една од клучните компоненти на договорот, особено за странските инвеститори¹⁹.

Постапката за заемно договарање има одредени предности кои ја издвојуваат од националните механизми за решавање спорови:

– спорот се решава со договор меѓу овластени претставници од двете држави договорнички и одлуката се имплементира кај двете страни, додека, пак, со решавање на спорот преку националните механизми, одлуката може да биде имплементирана само во државата чие судство одлучува, па така спорот останува без финална разрешница;

– овластените претставници се најчесто лица кои се вработени во даночните органи на државите, па со оглед на тоа имаат соодветно искуство и експертиза;

– може да обезбеди побрзо решавање на спорот, особено во државите каде што има долго одложување на обработката на судските предмети;

– бидејќи за разлика од националните механизми за решавање спорови, се карактеризира со неформалност, најчесто претставува поевтин механизам за решавање на споровите, и за даночните обврзници и за даночните администрации;

– може да биде започната веднаш штом ќе се појави потенцијален ризик од двојно оданочување²⁰.

Во секој билатерален договор за избегнување на меѓународното двојно оданочување, членот кој се однесува на постапката за заемно договарање вообичаено се заснова на член 25 од ОЕЦД Модел – даночната конвенција за доход и капитал. Според член 25, постапката за заемно договарање може да се користи во следниве три ситуации:

– првата ситуација, која е регулирана со став 1 и став 2, а воедно е и убедливо најчеста, е кога обврзникот смета дека даночниот третман кој го добива во едната или во двете држави договорнички не е во согласност со одредбите на договорот;

– втората ситуација, опфатена во првата реченица од став 3, е кога надлежните органи од двете држави се обидуваат да ги решат сите прашања и тешкотии поврзани со толкувањето или примената на договорот; и

– третата ситуација, предвидена во втората реченица од став 3, е кога надлежните органи меѓусебно се консултираат за елиминирање на двојното оданочување во случаите кои не се опфатени со договорот²¹.

Споровите за кои се одлучува преку постапката за заемно договарање

¹⁹ Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Dispute Avoidance and Resolution*, стр. 3.

²⁰ *ibid*, стр.7.

²¹ *ibid*, стр. 7-8.

најчесто се поврзани со трансферните цени, постоењето постојана деловна единица во една држава, утврдување на статусот резидент, спорови поврзани со карактеризација на приходите, оданочување кое е во спротивност со договорните одредби за недискриминација, спорови поврзани со прекугранични вработувања и сл.²²

Постапката за заемно договарање се состои од пет фази. Таа започнува со поднесување барање во форма на приговор до надлежниот орган, во рок од три години од првото известување за дејството кое резултирало со оданочување кое не е во согласност со билатералниот договор. Постапката може да биде поведена од страна на даночниот обврзник (член 25 (1)) или од страна на даночните органи на државите договорнички (член 25 (2)). Потоа, надлежниот орган кој го добива приговорот треба да го извести лицето кое го поднело приговорот, како и надлежниот орган на другата држава договорничка дека барањето е применo. Известувањето за прием на барањето треба да се направи најдоцна четири недели од неговото добивање. Како следен чекор, надлежниот орган кој го добил барањето во рок од два месеца треба да утврди дали тоа е дозволено, односно дали ги исполнува сите потребни услови и тука е крајот на првата фаза.

Втората фаза, всушност, е фаза во која има еднострано разгледување на целиот случај од страна на надлежниот орган кој го добива приговорот и таа се состои од два дела. Во првиот дел, надлежниот орган испитува дали барањето е основано. Доколку заклучи дека е така, во вториот дел од оваа фаза треба да утврди дали е возможно еднострано решавање на спорот, од страна на државата која го добила приговорот или ќе треба да се премине кон следната фаза. Овие два дела треба да бидат завршени во рок од четири месеци од денот на започнување на постапката за заемно договарање.²³

Во оние случаи каде што е невозможно еднострано решавање на спорот, се преминува кон фазата на билатерално разгледување на случајот. Во почетокот на оваа фаза, органот кој го добил приговорот треба да иницира контакт со надлежниот орган на другата држава договорничка. Потоа, двата органа треба да го договорот начинот на меѓусебна комуникација со цел успешно да се реши даночниот спор. Начинот на комуникација најчесто зависи од природата на самиот спор, но и од бројот на даночни спорови кои постојат меѓу двете вклучени држави. Како форми на комуникација кои може да се користат се комуникација по пат на писма, неформални разговори преку телекомуникации, средби меѓу овластените лица, а во ситуација на комплексен спор или низа спорови, формирање заедничка комисија. Од круцијално значење во оваа фаза е сите потребни информации и факти за случајот кои се добиени од даночниот обврзник да им бидат на располагање на двете страни еднакво. Заради успешно изнаоѓање заедничко решение, двете држави мора да бидат еднакво вклучени во постапката и да ги направат своите најдобри напори за решавање на спорот. Рокот за донесување на заедничката одлука е две години од денот на почетокот на постапката. Но, даночниот обврзник нема никаква гаранција дека ќе биде донесена одлука, ниту, пак, може значително да влијае на постапката, што всушност е и најголем недостаток на постапката за заемно договарање²⁴.

²² *ibid*, стр. 10-11.

²³ *ibid*, стр. 17.

²⁴ *ibid*, стр. 51.

Во оние случаи кога нема да биде постигнат договор, надлежните органи треба да го информираат даночниот обврзник дека случајот е затворен без договор. Од друга страна, доколку биде постигнат меѓусебен договор, тој ќе му биде презентираан на даночниот обврзник. Даночниот обврзник има рок од еден месец да одговори дали се согласува со донесената одлука или не. Доколку даночниот обврзник ја одбие донесената одлука, постапката за заемно договарање завршува, а тој може да ги искористи домашните правни лекови за решавање на неговиот спор.

Последна е фазата на имплементација на заедничката одлука. Одлуката мора да биде спроведена од страна на едниот или двата даночни органи, во зависност од тоа дали со неа се бара даночно приспособување во едната или во двете држави. На крај, преку размена на завршни писма се потврдува донесената одлука и со ова завршува постапката на заемно договарање²⁵.

3.2. Даночна арбитража

Иако постапката за заемно договарање изгледа како одлично решение за справување со даночните спорови, сепак е критикувана од повеќе теоретичари. Најголемиот дел од критиките се однесуваат на нејзината „неконечност“, односно фактот дека таа не ги обврзува државите да донесат конечна одлука. Исто така, како честа забелешка се наведува и тоа што даночните обврзници имаат ограничени можности за учество во постапката. Токму од овие причини, бројот на нерешени даночни спорови постојано се зголемува. Заради решавање на даночните спорови во ситуации кога тоа не може да се постигне со постапката за заемно договарање, во 2008 година се направени измени на ОЕЦД Модел – даночната конвенција за доход и капитал. Имено, во член 25 е додаден став 5, кој ја предвидува задолжителната даночна арбитража²⁶.

Генерално, арбитражата се дефинира како алтернативно вонсудско решавање спорови, каде што страните се согласуваат да го дадат на решавање нивниот спор кај трета, неутрална страна. На меѓународно ниво, арбитражата се смета за ефикасно решение на меѓународните спорови. Постои широк спектар на меѓународни спорови во кои арбитражата може да се користи како механизам за решавање, но особено е погодна за полето на оданочувањето, во услови на недостаток на меѓународни трибунали надлежни за оваа проблематика. Преку меѓународната даночна арбитража им се овозможува на државите да ги надминат разликите кои постојат во нивните даночни законодавства. Со овој механизам се овозможува донесување конечна одлука за случајот на правичен и објективен начин. Несомнено, најважната цел на задолжителната даночна арбитража е намалување на бројот на нерешени прекугранични даночни спорови, кои се во постојан пораст²⁷.

Од друга страна, со арбитражата им се дава можност на мултинационалните компании да ги заобиколат домашните судови. Според некои теоретичари, ова претставува сериозна работа и не треба да биде дозволено без причина. Тие

²⁵ *ibid*, стр. 66-67.

²⁶ Pistone, de Goede, *Flexible Multi-Tier Dispute Resolution in International Tax Disputes*, стр. XXVI – XXVII.

²⁷ Anglès Juanpere, *The Resolution of Tax Disputes and International Tax Arbitration*, стр.6.

сметаат дека решавањето на најголемиот дел од спорните прашања зависи од толкувањето на домашното право, а токму него го даваат националните судови²⁸.

Додавањето на одредбата за задолжителна даночна арбитража значи дека сите даночни спорови за кои не се постигнало заемно прифатливо решение меѓу надлежните органи преку постапката за заемно договарање ќе се решаваат преку даночна арбитража. Задолжителната арбитража се поведува по барање на даночниот обврзник, кое треба да биде поднесено во писмена форма. Рокот за поднесување на ова барање е две години од датумот кога надлежните органи ги обезбедиле сите неопходни информации за решавање на конкретниот случај. Карактеристично е тоа што оваа одредба не може да се примени доколку двата органа постигнале меѓусебен договор и ги решиле сите спорни прашања, а даночниот обврзник не ја прифатил донесената одлука. Во таква ситуација, даночниот обврзник може да се служи единствено со домашните правни лекови. Сепак, во некои држави постојат национални правила кои не ја дозволуваат арбитражата и од тие причини оваа одредба не може да биде дел од билатералните договори за избегнување на двојното оданочување што ги склучуваат тие. Одредбата треба да биде вметната само во билатералните договори на оние држави кои можат ефикасно да ја спроведат. Исто така, некои држави можат да ја ограничат примената на оваа одредба само за одреден вид спорови, како што се, на пример, споровите поврзани со трансферните цени или утврдување на постоењето на постојана деловна единица²⁹.

За разлика од постапката за заемно договарање, задолжителната арбитража може да се примени само доколку активностите на државите договорнички довеле до меѓународно двојно оданочување, но не и ако само постои потенцијален ризик од тоа. Со цел да се избегне ризикот од спротивставени одлуки, на даночниот обврзник нема да му се дозволи да ја поведе арбитражата доколку за истите прашања веќе е донесена одлука од некој национален суд. Исто така, даночниот обврзник не смее истовремено да ги користи домашните правни лекови и задолжителната даночна арбитража за време на постапката за заемно договарање³⁰.

Барањето за задолжителна даночна арбитража може да се поднесе до кој било од надлежните органи кои се вклучени во случајот, додека, пак, органот кој ќе го добие барањето има рок од десет дена да го извести за тоа другиот надлежен орган. Арбитражната комисија, која е надлежна за решавање на спорот, ја сочинуваат тројца арбитражи. Секоја држава договорничка има право да одбере по еден свој арбитер. Потоа, двајцата одбрани арбитражи го назначуваат претседателот на арбитражната комисија. Притоа, потребно е сите членови на арбитражната комисија да имаат соодветно искуство и познавање од областа на даноците и меѓународното даночно право. Задача на арбитражите е да донесат одлука за случајот, која ќе се темели на неутрална и објективна основа. За остварување на оваа цел, на арбитражната комисија треба целосно да ѝ бидат дос-

²⁸ Нешовска Косева, Елена, *Институцијата „даночна арбитража“ како инструмент за подобрување на ефикасноста на заемната помош во даночните работи*, труд за Годишник со меѓународен уредувачки одбор во чест на проф. Мицајков, том 58, Скопје, 2018, стр. 435-451.

²⁹ OECD, *Improving the Resolution of Tax Treaty Disputes*, 2007, стр. 6-7.

³⁰ *ibid*, стр. 8-9.

тапни сите информации и податоци кои се потребни за решавање на случајот. Но, исто така, за арбитражите важат истите строги правила за доверливост на податоците, кои важат и за надлежните органи од кои се назначени. Даночниот обврзник на чие барање е поведена арбитражата има право лично или преку негов застапник да достави писмен поднесок до арбитражите преку кој може да ги изнесе своите согледувања за случајот, а доколку арбитражите се согласат, да даде и устен исказ за време на некој од состаноците.

Одлуката се носи со мнозинство гласови од вкупниот број арбитражи, во писмена форма. Во неа треба да бидат содржани сите правни извори и основи на кои се потпира таа, како и соодветно образложение како се дошло до неа. Овие елементи на одлуката се особено значајни од аспект на прифаќање на одлуката од страна на сите инволвирани учесници. Таа мора да биде донесена и доставена до надлежните органи и до даночниот обврзник во рок од шест месеци од датумот кога арбитражната комисија ги добила сите потребни информации за решавање на случајот. Можност за јавно објавување на одлуката постои, но тоа може да биде направено само доколку постои согласност за тоа од надлежните органи и од даночниот обврзник. Одлуката од задолжителната арбитража е обврзувачка за двете држави договорнички. Секоја одлука може да се применува само за конкретниот случај за кој е донесена и таа нема да биде обврзувачка за сите идни случаи со слични факти и за слични даночни прашања³¹.

3.3. Решавање на даночните спорови согласно со Арбитражната конвенција на Европската Унија

Арбитражната конвенција на ЕУ потекнува од предлогот на Европската комисија од 1976 година за донесување Директива за елиминирање на двојното оданочување кое произлегува од преносот на добивката помеѓу поврзани претпријатија кои се резиденти на ЕУ³². По долги преговори во рамките на Советот, овој предлог беше трансформиран од Директива во мултилатерална конвенција, па така на 23 јули 1990 година беше потпишана Конвенцијата за елиминирање на двојното оданочување во врска со усогласувањето на добивката на здружените претпријатија (во понатамошниот текст: Арбитражна конвенција на ЕУ).

Главната цел на Арбитражната конвенција на ЕУ е да се елиминира двојното оданочување кое произлегува од усогласувањето на добивката во однос на зделките помеѓу поврзани претпријатија во рамки на компаниите кои се резиденти на ЕУ. Таа има посебно значење за меѓународното даночно право, бидејќи е прва мултилатерална даночна конвенција која предвидува обврзувачки механизам за решавање на споровите, а истовремено има и широк територијален опсег. Предност на оваа Конвенција е тоа што на земјите членки им дава рок во времетраење од три и пол години, во кој тие мора да ги решат даночните спорови. Токму поради ова, според некои теоретичари, таа е обид за усовршување на постапката за заемно договарање. Но, за разлика од постапката за

³¹ *ibid*, стр. 18-24.

³² Види повеќе: *Official Journal of the European Communities*, C 301, 21 December 1976.

заемно договарање која е од билатерална природа, Арбитражната конвенција предвидува процедурални правила кои се применуваат во текот на секоја нејзина фаза и се точно временски утврдени.

Примената на Арбитражната конвенција на ЕУ се утврдува преку два важни аспекта, односно нејзиниот формален и материјален опфат. Формалниот опфат на Конвенцијата се однесува на територијата, даноците и даночните обврзници кои таа ги опфаќа³³. Така, одредбите на Конвенцијата се применливи само доколку станува збор за претпријатие и негова подружница кои се резиденти на различни држави, при што е потребно двете држави да се потписнички на Арбитражната конвенција на ЕУ³⁴. Во однос на даноците, Конвенцијата ќе се примени доколку станува збор за даноци на доход, додека, пак, во однос на територијалниот опфат, Конвенцијата е обврзувачка за секоја држава која е нејзина потписничка, во рамките на целата нејзина територија³⁵.

Вториот важен аспект за утврдување на примената е материјалниот опфат, односно условите кои треба да бидат исполнети за да може спорот да се реши според одредбите на Конвенцијата, како и даночните принципи кои се нејзина основа.

Член 1(1) од Арбитражната конвенција на ЕУ дефинира во кои ситуации спорот ќе може да биде решен според нејзините одредби. Тоа се случува кога добивката која е дел од две поврзани претпријатија кои се резиденти на различни држави за целите на оданочувањето е вклучена во даночната основа кај двете претпријатија. Врз основа на овој член се утврдени првите три услови кои треба да бидат исполнети за да може да има примена на овие одредби. Четвртиот услов не е директно извлечен од самата Конвенција, туку од нејзината цел, а тоа е елиминирање на меѓународното двојно оданочување.

Првиот услов е добивката меѓу двете претпријатија „да е веќе усогласена или најверојатно да биде усогласена“. Со други зборови, даночниот обврзник не мора да чека да настапи вистинско усогласување на добивката за да го поднесе барањето за почнување на соодветната постапка.

Вториот услов бара добивката која е усогласена (или најверојатно ќе биде усогласена) да е вклучена во даночната основа на здружените претпријатија, со тоа што е доволно да постои голема веројатност за тоа.

Третиот услов е усогласувањето на добивката да настанало како резултат на непочитување на даночните принципи кои се дел од член 4 од Конвенцијата или соодветна одредба од домашното законодавство.

Четвртиот услов е меѓународното двојно оданочување да настанало како резултат на усогласувањето на добивката на здружените претпријатија. Поконкретно, се јавува економско двојно оданочување, кое настанува кога ист даночен објект се оданочува на ниво на два или повеќе даночни обврзници. Сепак, според буквалниот текст на Конвенцијата, не се бара експлицитно двојното оданочување да е услов за примена на нејзините одредби. Но, со оглед дека главна и единствена цел на Арбитражната конвенција на ЕУ е елиминирање на двојното оданочување, оттука се извлекува и овој последен услов за нејзина

³³ *ibid*, стр. 175.

³⁴ Pit, *The EU Arbitration Convention: An evaluating assessment of the governance and functioning of the EU Arbitration Convention*, стр. 185-186.

³⁵ *ibid*, стр. 202-203.

примена³⁶.

Даночните принципи, како втор сегмент од материјалниот опфат на Конвенцијата, се содржани во член 4. Овие принципи, всушност, се јадрото на Конвенцијата, бидејќи еден спор може да се реши според нејзините одредби само доколку во него се дошло до двојно оданочување кое настанало како резултат на непочитување на овие принципи. Првиот принцип е принципот на цена на дофат на рака. Принципот на припишување на добивката е вториот принцип, инкорпориран во член 4(2) и се однесува на фиктивните зделки меѓу претпријатието и неговата постојана деловна единица.

Процедуралната примена на Арбитражната конвенција на ЕУ се состои од пет фази. За да почне постапката, во првата фаза даночниот обврзник треба да поднесе барање во рок од три години од првото известување за дејство кое резултирало или најверојатно ќе резултира со двојно оданочување. Претпријатието кое смета дека даночните принципи од член 4 не се испочитувани, може согласно со член 6(1) да поднесе барање за почеток на решавање на неговиот спор. Ова право не му припаѓа само на претпријатието, туку тоа може да го стори и неговата подружница. Барањето треба да биде доставено до надлежниот орган на резидентната држава на претпријатието кое него го поднесува³⁷.

Како втора следува унилатералната фаза. На самиот нејзин почеток, надлежниот орган е должен да го разгледа поднесеното барање. Оваа фаза се нарекува унилатерална бидејќи во неа учествува само надлежниот орган до кој е поднесено барањето и сè уште нема никаква вклученост од другите држави кои се вмешани во спорот. Во неа тој треба да утврди дали тоа е основано, а доколку тоа е така, да утврди дали еднострано може да дојде до посакуваното решение. Притоа, Арбитражната конвенција не содржи одредба во врска со временскиот период во кој оваа фаза би требало да заврши, ниту за процедуралните чекори кои треба да бидат преземени за да се оцени дали поднесеното барање е основано, а понатаму и дали е можно еднострано решавање на спорот³⁸.

Доколку надлежниот орган до кој е поднесено барањето утврди дека тоа е основано, но не може самостојно да дојде до решение, се преминува кон третата (билатерална) фаза, односно почнува постапката за заемно договарање. Согласно со член 7(1) од Конвенцијата, државите имаат рок од две години во кој мораат да го решат спорот. Исходот од постапката може да биде позитивен, доколку во дадениот рок од две години се постигне заемно прифатливо решение, или негативен доколку не се случи тоа. Според член 6(2), исходот е позитивен доколку се постигне целосно елиминирање на двојното оданочување врз основа на принципите од член 4. Исто така, се предвидува обврска за државите задолжително да ја имплементираат донесената одлука. Ако исходот е негативен, се пристапува кон четвртата фаза, односно случајот продолжува понатаму да се решава во арбитражна постапка³⁹.

Ако по две години од почетокот на преговорите вклучените држави не успеат да го решат случајот, задолжително се формира арбитражна комисија и почнува арбитражна постапка. Тоа значи дека на надлежните органи не им

³⁶ *ibid*, стр. 211-215.

³⁷ *ibid*, стр. 265-290.

³⁸ *ibid*, стр. 296-306.

³⁹ *ibid*, стр. 337-378.

е дозволено да го запрат или да го одбијат нејзиниот почеток. Член 9(1) определува дека комисијата треба да е составена од двајца претставници од секоја вклучена држава и независни членови кои мора да бидат во парен број. Како што предвидува член 11(1), арбитражната комисија треба да даде предлог-одлука за спорот во рок од шест месеци од денот на кој барањето било доставено до неа, а шест месеци од датумот на доставување на предлог-одлуката надлежните органи на државите треба да ја донесат конечната одлука, според член 12(1). Одлуките се носат со просто мнозинство гласови, согласно со член 11(2)⁴⁰.

Кога станува збор за донесувањето на одлуката, можни се две ситуации:

- согласување со предлог-одлуката на арбитражната комисија, кога тоа е прифатено како конечна одлука од надлежните органи и

- несогласување со предлог-одлуката на арбитражната комисија, кога конечната одлука на надлежните органи се разликува од предлог-одлуката на арбитражната комисија или, пак, таа воопшто не е донесена.

Доколку надлежните органи не можат да донесат одлука, член 12(1) јасно и прецизно предвидува дека, сепак, предлог-одлуката на арбитражната комисија ќе биде и конечна одлука за конкретниот спор. Имплементацијата на одлуката ќе се спроведе без оглед на временските ограничувања според домашните правила на вклучените држави, според член 6(2). Таа може да биде јавно објавена доколку за тоа постои согласност од надлежните органи на вклучените држави, како и од засегнатите претпријатија (член 12(2)). Тогаш завршува и последната фаза од решавањето на даночните спорови според одредбите на Арбитражната конвенција на ЕУ⁴¹.

3.4. Директива за механизмите за решавање даночни спорови во ЕУ за даноците на доход и капитал (2017/1852)

На 10 октомври 2017 година, Советот на ЕУ ја усвои Директивата (2017/1852) за механизмите за решавање даночни спорови во ЕУ за даноците на доход и капитал, која ја воспоставува обврската за земјите членки да имплементираат и да развијат систем за решавање даночни спорови кој вклучува арбитража, за да се донесе обврзувачка вонсудска одлука. Земјите членки имаа рок до 30 јуни 2019 година неа да ја имплементираат во националните законодавства, а стапи во сила од 1 јули 2019 година⁴². Се применува за сите даночни спорови, за приговорите кои биле поднесени по 1 јануари 2018 година. Ако се согласат, надлежните органи можат одредбите од Директивата да ги применат и за решавање спорови за кои бил поднесен приговор порано или во текот на претходните фискални години⁴³.

Преамбулата на Директивата ги потврдува недостатоците на постапката за заемно договарање од билатералните договори и од Арбитражната конвенција на ЕУ, како и фактот дека постои круцијална потреба од воведување ефи-

⁴⁰ *ibid*, стр. 381-452.

⁴¹ *ibid*, стр. 462-472.

⁴² *Directive (EU) 2017/1852 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union – European Sources Online*.

⁴³ *Fair Taxation: New EU-wide system to resolve tax disputes* (europa.eu).

касна и ефективна рамка за решавање даночни спорови, со што ќе се обезбеди правна сигурност и поволна бизнис-средина за инвестирање во рамките на Унијата. Директивата се однесува на споровите меѓу земјите членки во врска со примената и толкувањето на договорите за избегнување на двојното оданочување и ја дополнува Арбитражната конвенција на ЕУ, која ги опфаќа само споровите поврзани со трансферните цени и усогласувањето на добивката меѓу поврзани претпријатија. Таа ги опфаќа сите даночни обврзници (физички и правни лица) кои се резиденти на некоја од земјите членки на ЕУ и се однесува на даноците на доход и капитал⁴⁴.

Според направените процени, во рамките на Унијата има околу 2.000 даночни спорови кои не се решени, од кои околу 900 се во процедура подолго од две години, а нивната вредност се проценува на околу 10,5 милијарди евра. Се очекува новите механизми да ги задоволат потребите на граѓаните и компаниите така што со нивна помош ќе биде отстрането секое двојно оданочување⁴⁵.

Новите механизми кои ги предвидува Директивата придонесуваат за поефикасно и поефективно решавање на даночните спорови, бидејќи сега земјите членки имаат законска обврска да донесат конечни одлуки за нив. Даночните обврзници кои се соочуват со неправилна примена на билатералните договори или мултилатералните конвенции за избегнување на двојното оданочување можат да почнат постапка за заемно договарање, а вклучените земји членки мораат во рок од две години да го решат спорот на мирен начин. Доколку не се дојде до решение до крајот на овој период, даночниот обврзник може да побара формирање советодавна комисија која ќе треба да даде предлог-одлука за спорот. Комисијата треба неа да ја даде во рок од шест месеци, а засегнатите земји членки мораат да ја усвојат, освен доколку не се договорот за нешто друго. Особено подобрување има во делот на транспарентноста, бидејќи сите одлуки или апстракти од нив се објавуваат јавно⁴⁶.

4. Улогата и значењето на Директивата за механизмите за решавање даночни спорови во ЕУ за даноците на доход и капитал врз македонското даночно право

Во однос на употребата на механизмите за решавање на даночните спорови, македонските даночни власти често учествуваат во постапки за заемно договарање. Најголем процент од нив започнуваат по иницијатива на другата држава договорничка и се однесуваат на утврдување на статусот резидент, како и на карактеризацијата на приходите. Но, кога станува збор за даночната арбитража, при склучувањето на билатералните договори не се земаат предвид измените на ОЕЦД Модел – даночната конвенција, односно член 25 не е дополнет со правилото од став 5.

Во контекст на влијанието на Директивата 2017/1852 врз македонското даночно право, значајно е да се спомене и БЕПС Инклузивната рамка, поточно

⁴⁴ Kofler, Dr. Georg, Rust, Dr. Alexander, *The EU Dispute Resolution Directive: Beyond DT(C)?*, Vienna University of Economics and Business, 2021, стр. 11-22.

⁴⁵ *Fair Taxation: Commission welcomes new rules to resolve tax disputes* (europa.eu).

⁴⁶ *Fair Taxation: New EU-wide system to resolve tax disputes* (europa.eu).

Акцијата 14, која со своите мерки има цел поефикасно и поефективно решавање на даночните спорови меѓу државите, преку подобрување на механизмите предвидени во билатералните договори и мултилатералните конвенции⁴⁷. Во август 2018 година, Република Северна Македонија стана 117-та земја членка на БЕПС Инклузивната рамка и заедно со останатите земји членки има обврска активно да учествува во имплементацијата на мерките што таа ги предвидува⁴⁸.

Покрај позитивното влијание врз државите членки, се очекува Директивата 2017/1852 да има позитивно влијание и врз Република Северна Македонија. Новите иновативни механизми за решавање на даночните спорови може да се применуваат и во т.н. триаголни случаи. На тој начин се создаваат добри практики кои позитивно ја позиционираат Унијата кон останатите држави, особено кон нејзините главни трговски партнери⁴⁹.

Соодветно на кандидатскиот статус за членство во Унијата, Република Северна Македонија ќе мора да изврши хармонизација на своето законодавство во овој сегмент, согласно со барањата на Директивата. Притоа, како една од главните придобивки од воведувањето на новиот механизам за решавање даночни спорови се очекува да биде зголемувањето на правната сигурност на македонските фирми кои остваруваат приходи од доход и капитал во границите на ЕУ.

Во иднина, на нашата држава ѝ претстои напорна работа во насока на зајакнување на механизмите за решавање на даночните спорови. Сепак, ограничените човечки, технички и финансиски ресурси и понатаму остануваат сериозен предизвик во овој дел, особено кога станува збор за даночната арбитража.

5. Заклучок

Борбата против даночното затајување, даночната евазија и агресивното даночно планирање се едни од клучните приоритети во агендата на Европската комисија. Од овие причини, од суштинско значење за ЕУ беше и сè уште е да развие систем кој ќе може да даде соодветен одговор на овие негативни појави, а притоа ќе овозможи правично оданочување за граѓаните и компаниите кои се резиденти на ЕУ. На ова се надоврзува и потребата од привлекување нови инвестиции во рамките на Унијата и градењето конкурентна економија, бидејќи меѓународното двојно оданочување претставува сериозен проблем за компаниите кои преземаат прекугранични деловни активности.

Донесувањето на Директивата 2017/1852 за механизмите за решавање на даночните спорови во ЕУ е пресвртница кога станува збор за решавањето на прекуграничните даночни спорови. Таа предвидува ефикасен и ефективен механизам за решавање на споровите, кој истовремено ги исполнува стандардите кои ги поставува Акцијата 14 од БЕПС Инклузивната рамка и ја дополнува Ар-

⁴⁷ *Base erosion and profit shifting (BEPS): explained* (healyconsultants.com).

⁴⁸ *Заменик министерката за финансии Елези на Пленарен состанок на БЕПС во Париз - finance.gov.mk.*

⁴⁹ *European Commission, Proposal for a Council Directive on Double Taxation Dispute Resolution Mechanisms in the European Union*, стр. 45.

битражната конвенција на ЕУ. Со неа е направено значително подобрување на постојните механизми за решавање на спорите, што им дава многу поголема сигурност на даночните обврзници.

Несомнено е дека со Директивата се започнува нова ера и се постигнува голем напредок во решавањето на даночните спорови во ЕУ. Сепак, годините што следуваат ќе покажат дали таа е способна да го исполни својот потенцијал. Тоа најмногу ќе зависи од тоа како даночните власти на земјите членки ќе ги толкуваат нејзините одредби. Во овој контекст, некои теоретичари сметаат дека земјите членки треба да гледаат подалеку од решавањето на даночните спорови, односно да дадат приоритет на спречувањето на појавата на меѓународно двојно оданочување. Фактот што ризикот од двојно оданочување секогаш постои е, всушност, и главен недостаток на внатрешниот пазар на ЕУ. Сепак, основната цел на оваа Директива е воспоставувањето нови процедурални правила за решавање на даночните спорови, но не и спречување на појавата на меѓународното двојно оданочување.

Кога станува збор за нејзиното влијание на Република Северна Македонија, очекувањата се дека Директивата ќе има позитивно влијание. Во иднина на нашата држава ѝ претстои напорна работа во насока на имплементирање и зајакнување на механизмите за решавање на даночните спорови. Соодветно на кандидатскиот статус за членство во Унијата, нашата држава ќе мора да изврши хармонизација на законодавството во овој сегмент, согласно со барањата на Директивата. Сепак, ограничените човечки, технички и финансиски ресурси, како и недостатокот на политичка волја, и понатаму остануваат сериозен предизвик во овој дел, особено кога станува збор за даночната арбитража.

TOWARDS THE IDEA FOR INTRODUCTION OF ALTERNATIVE MECHANISMS FOR TAX DISPUTES RESOLUTION

(Summary)

For a long period of time, bilateral treaties for prevention of double taxation of income and capital effectively achieved the purpose of their existence, to eliminate and/or reduce the negative consequences that occurred as a result of the conflict of two tax jurisdictions. However, despite the widespread network of more than 3000 double tax treaties globally, taxpayers still have been facing double taxation of their income, profits or capital due to non-application or misinterpretation of the tax treaties' provisions. Thus, the trend of increased number of tax disputes worldwide is evident.

Having in mind the complexity of this problem and its negative effects, most countries incorporate the provision that regulates the mutual agreement procedure. Moreover, number of countries has decided to make a step further and apply the institute of mandatory tax arbitration. In addition to bilateral tax treaties, these two tax dispute resolution mechanisms are implemented in the EU Arbitration Convention, as well as in the EU Directive on Tax Dispute Resolution Mechanisms for taxes on income and capital which imposes an obligation on the EU member states to establish a system of alternative resolution of tax in their national tax legislations.

There is no doubt that the contemporary tendencies in the international tax law and the EU tax law will have impact on the tax system of Republic of North Macedonia, although up to this point the Macedonian national and cross-border tax law do not foresee mechanisms for alternative resolution of tax disputes, nor recognize the institute of tax arbitration.

Key words: double taxation, tax disputes, mutual agreement procedure, tax arbitration.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Нешовска Ќосева, Елена, *Институтот „даночна арбитража“ како инструмент за подобрување на ефикасноста на заедницата помош во даночните работи*, труд за Годишник со меѓународен уредувачки одбор во чест на проф. Мицајков, том 58, Скопје, 2018, стр. 435-451.
2. Нешовска Ќосева, д-р Елена, *Даночен третман на прекуграничните активности низ призмата на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот*, Стоби тред, Скопје, 2016.
3. Пендовска, Максимовска Стојкова, Зафироски & Нешовска Ќосева, *Даночно право*, Универзитетски учебник, Издавач: Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, ISBN 978-608-4655-87-9, Скопје, 2021
4. Anglès Juanpere, Benjami, *The Resolution of Tax Disputes and International Tax Arbitration*, European Journal of Business and Management Research, 2020.
5. Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Dispute Avoidance and Resolution*, 2019.

6. European Commission, *Proposal for a Council Directive on Double Taxation Dispute Resolution Mechanisms in the European Union*, Strasbourg, 2016.
7. European Commission, *Fair Taxation: New EU-wide system to resolve tax disputes* (europa.eu).
8. Kofler, Dr. Georg, Rust, Dr. Alexander, *The EU Dispute Resolution Directive: Beyond DT(C)?*, Vienna University of Economics and Business, 2021.
9. Pistone, Pasquale, de Goede, Jan, *Flexible Multi-Tier Dispute Resolution in International Tax Disputes*, IBFD, Amsterdam, 2020.
10. Pit, Harm Mark, *The EU Arbitration Convention: An evaluating assessment of the governance and functioning of the EU Arbitration Convention*, University of Groningen, 2016.
11. OECD, *Improving the Resolution of Tax Treaty Disputes*, 2007.
12. Pit, *The EU Arbitration Convention: An evaluating assessment of the governance and functioning of the EU Arbitration Convention*, 2018.
13. *Directive (EU) 2017/1852 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union*.

Д-р Илија Руменов, вонреден професор на
Правниот факултет „Јустинијан Први“
при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

ХАШКАТА КОНВЕНЦИЈА ЗА ПРИЗНАВАЊЕ И ИЗВРШУВАЊЕ СТРАНСКИ СУДСКИ ПРЕСУДИ ВО ГРАЃАНСКИ И ТРГОВСКИ РАБОТИ ОД 2019 ГОДИНА – НОВА МОЖНОСТ ЗА ЈУГОИСТОЧНА ЕВРОПА ЗА ОЛЕСНЕТО ЦИРКУЛИРАЊЕ НА СТРАНСКИТЕ СУДСКИ ОДЛУКИ

341.9(492)(094.2)“2019”
341.9:340.13(4-12)

прегледна научна статија

Најновиот додаток на Хашката конференција за меѓународно приватно право – Хашката конвенција за признавање и извршување странски пресуди од 2019 година (Хашката конвенција од 2019 година) претставува еден од најзначајните настани за меѓународното приватно право во последните години. Оваа конвенција ќе им биде од корист на сите физички и правни лица кои влегуваат во прекуграничен однос бидејќи ќе им овозможи дополнителен модалитет да ги разрешат нивните односи на таков начин што им се даваат определени гаранции дека нивните судски одлуки ќе бидат признаени и извршени во другите држави. Постапеноста на државите од регионот на Југоисточна Европа предвидува дека признавањето и извршувањето на странските судски одлуки најчесто ќе се спроведува согласно со националните прописи, а поретко согласно со билатералните договори. Сепак, постои определен впечаток дека регионот на ЈИЕ е во постојана потрага по олеснето циркулирањето на странските судски одлуки помеѓу државите во регионот, особено оние одлуки кои се однесуваат на граѓански и трговски работи. Зголемемиот број билатерални договори за прекугранична соработка во граѓанска и трговска материја и работата на Конвенцијата за надлежност и заемно признавање и извршување пресуди во граѓански и трговски работи во регионот на ЈИЕ (Сараевската конвенција) се само некои од индикаторите дека регионот се обидува да ги задоволи економско активните лица со тоа што ќе им ја зголеми правната сигурност и предвидливост, а со тоа и ќе ја подигне економската динамика на регионот. Негативниот исход од работата на Сараевската конвенција остава простор на Хашката конвенција од 2019 година да ја пополни таа празнина и да му овозможи на регионот еден меѓународен инструмент за признавање и извршување. Потенцијалот на овој договор ги надминува регионалните интереси бидејќи со него на физичките и на правните лица од овој регион им се овозможува глобална можност за олеснета прекугранична циркулацијата на пресудите. Првичните сигнали се дека Хашката конвенција од 2019 година ќе биде успех, бидејќи САД, Русија и Украина веќе ја потпишаа, а Европската комисија предложи Европската Унија да ѝ пристапи на Конвенцијата. Оваа статија ќе го анализира системот воспоставен со Хашката конвенција од 2019 година од едно генерално ниво и влијанието што би го имал овој меѓународен инструмент на националните правни системи на државите од регионот на ЈИЕ.

Клучни зборови: признавање, извршување, странски пресуди, Хашка конвенција за признавање и извршување судски пресуди од 2019 година, закони за меѓународно приватно право, Југоисточна Европа, индиректна надлежност, услови за признавање и извршување, граѓански и трговски работи.

1.1 Вовед

Регионот на Југоисточна Европа (ЈИЕ) е познат по големиот број различни називи. Традиционално, овој регион се однесува на Балканскиот Полуостров, но во многу ситуации ги вклучува и државите кои имаат економски и политички врски со регионот. Овој регион е составен, пред сè, од следниве држави: Албанија, Босна и Херцеговина, Бугарија, Косово, Црна Гора, Република Северна Македонија, Хрватска, Грција, Романија, Србија, Словенија и Турција. Во најголема мера, овој регион е ориентиран кон Европската Унија (ЕУ) и, во тој контекст, одредени држави веќе се држави членки на ЕУ, додека други се кандидати за членство во ЕУ. Во однос на овој критериум, со исклучок на Словенија и Хрватска, со цел да се опишат државите од ЈИЕ кои се кандидати за членство во ЕУ, се користи терминот Западен Балкан за разлика од Источен Балкан (Романија и Бугарија, кои се полноправни членки на ЕУ). Некои од овие држави се протегаат низ повеќе региони на Европа и на Азија, додека други целосно припаѓаат на овој регион. Економската соработка, споделената историја и блиските меѓучовечки односи создаваат доста блиски приватни и професионални контакти. Сите овие односи неминовно влијаат на голем број аспекти поврзани со меѓународното приватно право, а особено врз признавањето и извршувањето на странските судски одлуки. Оттука, за да се разбере интересот кон пристапувањето на Хашката конвенција од 2019 година, најпрвин мора да се разберат економските и политичките односи помеѓу државите на регионот на ЈИЕ за да се даде одговор на прашањето: дали на државите од регионот на ЈИЕ им е потребен овој меѓународен правен инструмент?

1.2 Политички и економски аспекти на регионот на ЈИЕ

Регионот на Југоисточна Европа е сведок на турбулентна историја.¹ Од Балканските војни во почетокот на XX век, Првата и Втората светска војна, до војните по распаѓањето на Социјалистичка Федеративна Република Југославија (СФРЈ),² овој регион е во постојана социоекономска промена. Ваквата нестабилност има оставено сериозно влијание на социоекономскиот развој на регионот, кој се смета за еден од најсиромашните во Европа.³ Регионот на ЈИЕ во времето на Студената војна беше поделен помеѓу источниот и западниот блок

¹ Simic P., *Do the Balkan Exist?* The Southern Balkans: Perspectives from the Region, Institute for Security Studies Western European Union, Chaillot Papers No. 46, Paris, (2001), стр. 17-35.

² По Втората светска војна, била формирана Федеративна Народна Република Југославија во 1946 година, а во 1963 година официјалното име на државата било променето во Социјалистичка Федеративна Република Југославија која постоела до нејзиниот распад во 1992 година.

³ На пример: просекот на GDP per capita во ЕУ во 2020 година е 33.927 \$, додека во државите на регионот на ЈИЕ кои не се држави членки на ЕУ изнесува: Албанија – 5.215 \$; Босна и Херцеговина – 6.031 \$; Косово – 4.287 \$; Црна Гора – 7.686 \$; Република Северна Македонија – 5.888 \$; Србија – 7.666 \$; и Турција –

на влијание. Три држави беа дел од Варшавскиот пакт (Романија, Бугарија и Албанија⁴), додека други две (Грција и Турција) се дел од НАТО од 1952 година. СФРЈ беше социјалистичка држава, но се сметаше себеси за дел од „неврзаниците“.⁵ Во текот на нејзиното постоење, СФРЈ се состоеше од шест републики (Босна и Херцеговина, Хрватска, Македонија, Црна Гора, Словенија и Србија) и две автономни покраини (Косово и Војводина) кои делеа заеднички економски и правен систем. Денешната тенденција на регионот на ЈИЕ е насочен кон ЕУ и пет држави се веќе дел од неа (Словенија, Хрватска, Романија, Бугарија и Грција), пет држави се држави кандидати (Албанија, Црна Гора, Република Северна Македонија, Србија и Турција) и две се потенцијални кандидати⁶ (Босна и Херцеговина и Косово⁷).

Економската размена на регионот на ЈИЕ е насочена, во најголема мера, кон државите на ЕУ. Статистичките податоци покажуваат дека и регионалната размена помеѓу државите од ЈИЕ зазема значаен удел. Ваквата поставеност е поради блиските историски врски на регионот, како и фактот што повеќето од државите се членки на СЕФТА.⁸ Во трговската размена на државите од ЈИЕ значајно место заземаат и Кина и Русија.

8.538 \$. World Bank Data, достапно на <<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=Z7>> (пристапено 7.4.2022 година).

⁴ Албанија се повлекла од овој пакт во 1968 година.

⁵ Rusinow D., Yugoslav Development Between East and West. *Journal of International Affairs*, 19(2), (1965). 181-193.

⁶ За повеќе за статусот на државите и односите со ЕУ види [https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/check-current-status_en] (пристапено 15.8.2021 година).

⁷ Оваа определба не е во спротивност со позициите за статусот и е во согласност со Резолуцијата 1244/1999 на Советот за безбедност на ОН и мислењето на МСП за прогласувањето независност на Косово.

⁸ За повеќе за СЕФТА-договорите, види [<https://cefta.int/>] (пристапено 21.8.2021 година).

Увоз	Албанија ⁹	БиХ ¹⁰	Косово ¹¹	Црна Гора ¹²	Република Северна Македонија ¹³	Србија ¹⁴	Турција ¹⁵
	Италија	Германија	Германија	Србија	Германија	Германија	Русија
	Турција	Италија	Италија	Германија	В. Британија	Кина	Кина
	Германија	Србија	Грција	Кина	Грција	Италија	Германија
	Грција	Хрватска	Србија	Италија	Србија	Русија	САД
	Србија	Кина	РС Македонија	Грција	Кина	Унгарија	Италија
	Франција	Турција	Албанија	БиХ	Италија	Унгарија	Швајцарија
	Русија	Словенија	Словенија	Хрватска	Турција	Франција	Франција
Извоз	Албанија	БиХ	Косово	Црна Гора	Република Северна Македонија	Србија	Турција
	Италија	Германија	Албанија	Србија	Македонија	Германија	Русија
	Косово	Хрватска	САД	Унгарија	В. Британија	Кина	Кина
	Германија	Србија	Турција	БиХ	Грција	Италија	Германија
	Шпанија	Италија	Република Северна Македонија	Косово	Србија	Русија	САД
	Грција	Австрија	Македонија	Словенија	Кина	Унгарија	Италија
	Република Северна Македонија	Словенија	Кина	Чешка	Италија	Швајцарија	Швајцарија
	Србија	Турција	Германија	Германија	Турција	Франција	Франција

⁹ INSTAT, [http://www.instat.gov.al/al/temat/tregtia-e-jashme-tregtia-e-jashme-mallgrave/] (пристапено 22.11.2021 година).

¹⁰ Агенција за статистика на БиХ, [http://www.bhas.gov.ba/data/Publikacije/Saopštenja/2021/ETR_02_2021_03_1_HR.pdf] (пристапено 29.4.2021 година).

¹¹ Агенција за статистика на Косово, Надворешна трговија со стоки [https://ask.rks.gov.net/en/kosovo-agency-of-statistics/add-news/international-trade-statistics-april-2021] (пристапено 29.10.2021 година).

¹² MONSTAT, [https://www.monstat.org/uploads/files/spojna%20trgovina/2020/External%20trade%20of%20goods%20January%20-%20december%202020%2c%20ofin.pdf] (пристапено 29.10.2021 година).

¹³ НБРСРМ [https://www.nbrm.mk/nadvoresno_trgovska_razmena.nspх] (пристапено 29.10.2021 година).

¹⁴ Српски институт за статистика [https://www.stat.gov.rs/oblasti/spojna-trgovina/] (пристапено 22.11.2021 година).






¹⁵ Турски институт за статистика [https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Foreign-Trade-Statistics-November-2019-30663] (пристапено 22.11.2021 година)

1.3 Учеството на регионот на ЈИЕ во работата на Хашката конференција за меѓународно приватно право (НССН)

Идеалите на НССН се долго време присутни во регионот на ЈИЕ. Романија и Југославија се држави членки на НССН уште од нејзините почетоци и се потписнички на т.н. стари конвенции.¹⁶ По возобновувањето на НССН во 1951 година и донесувањето на новиот Статут на Хашката конференција за меѓународно приватно право, регионот на ЈИЕ е активен учесник и државите се членки на голем број НССН-конвенции. По распадот на СФРЈ, сите нејзини држави сукцесори продолжија да имаат активна улога во работата на оваа меѓународна организација. Другите држави на регионот на ЈИЕ (Албанија, Бугарија, Грција, Романија и Турција), исто така, активно учествуваат во работата на НССН. Од сите држави на регионот, Косово има специфична ситуација, бидејќи сè уште не е членка на НССН, меѓутоа таа е членка на Хашката конвенција за укинување на потребата од легализација на странските јавни исправи (Конвенцијата за апостил) од 1961 година. Ваквите блиски врски на регионот на ЈИЕ со НССН и нивното блиско партнерство кое се протега во период подолг од еден век ја објаснува заинтересираноста на регионот во најновата адиција на хашките конвенции – Хашката конвенција од 2019 година.

¹⁶ Романија била држава членка на сите „стари конвенции“ (за брак, за развод, за старателство, за граѓанска постапка, за последици од бракот, за одземање на граѓанските права и за надлежност на ПСМП), додека Југославија била активна помеѓу двете светски војни и била членка на конвенциите за граѓанска постапка и за надлежност на ПСМП. За статусот на овие конвенции, види [<https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions>] (пристапено 20.11.2021 година),

ГОДИШНИК ВО ЧЕСТ НА АРСЕН ЈАНЕВСКИ

ДРЖАВИ ЧЛЕНКИ НА НССН И ДРЖАВИ КОИ НЕ СЕ ЧЛЕНКИ НА НССН	I	АЛБАНИЈА	БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА	БУГАРИЈА	ХРВАТСКА	ЕУ	ГРЦИЈА	ПРНАГОРА
ГРАЃАНСКА ПОСТАПКА	II	A	Su		Su			Su
КУПОПРОДАЖБА НА СТОКИ – ИЗБОР НА НАДЛЕЖНОСТ ²	V						S	
ДЕТСКА ИЗДРШКА (мер. право)	VIII						S	
ДЕТСКА ИЗДРШКА (изв.)	IX						S	
ЗАШТИТА НА МАЛОЛЕТНИЦИ	X							
ФОРМА НА ТЕСТАМЕНТОТ	XI	A	Su		Su		R	Su
ЛЕГАЛИЗАЦИЈА (АПОСТИЛ)	XII	A	Su	A	Su		R	Su
ДОСТАВА ВО СТРАНСТВО	XIV	A	A	A	A		R	A
ИЗВРШУВАЊЕ ПРЕСУДИ	XVI	A						
РАЗВОД – ПРИЗНАВАЊЕ	XVIII	A						
СООБРАЌАЈНИ НЕЗГОДИ	XIX		Su		Su			Su
ИЗВЕДУВАЊЕ ДОКАЗИ	XX	A	A	A	A		R	A
УПРАВУВАЊЕ СО ИМОТ	XXI							
ОДГОВОРНОСТ НА ПРОИЗВОДИТЕЛОТ	XXII				Su			Su
ИЗДРЖУВАЊЕ — ИЗВРШУВАЊЕ	XXIII	A					R	
ИЗДРЖУВАЊЕ – МЕРОДАВНО ПРАВО	XXIV	A					R	
ГРАБНУВАЊЕ ДЕЦА	XXVIII	A	Su	A	Su		R	Su
ПРИСТАП ДО ПРАВДА	XXIX	A	Su	A	Su		S	Su
ПОСВОЈУВАЊЕ – СОРАБОТКА	XXXIII	R		R	A		R	A
ЗАШТИТА НА ДЕЦА	XXXIV	A		A	R		R	A
ЗАШТИТА НА ВОЗРАСНИ	XXXV						S	
ИЗБОР НА НАДЛЕЖЕН СУД	XXXVII			Ap	Ap	Ap	Ap	R
ИЗДРЖУВАЊЕ	XXXVIII	R	R	Ap	Ap	Ap	Ap	A
ПРОТОКОЛ ЗА ИЗДРЖУВАЊЕ	XXXIX			Ap	Ap	Ap	Ap	
ПРИЗНАВАЊЕ И ИЗВРШУВАЊЕ СУДСКИ ПРЕСУДИ ³								

	КОСОВО	РС МАКЕДОНИЈА	РОМАНИЈА	СРБИЈА	СЛОВЕНИЈА	ТУРЦИЈА
	Su	A	Su	Su		A
						R
						R
						A
	Su		Su	Su		A
A	Su	A	Su	Su		R
	A	A	A	A		R
	Su		Su	Su		
	A	A	A	A		R
						S
	Su		Su	Su		
						R
						R
	Su	A	Su	A		R
	Su	A	Su	Su		S
	A	R	A	R		R
	S	R	A	R		R
	S	Ap		Ap		
	S	Ap	R	Ap		R
	S	Ap	R	Ap		

A = пристапување | R = ратификација | S = потпис | Su = сукулесија

*Овие конвенции сè уште не се ставени во сила

1.4 Развојот на националното меѓународно приватно право во државите на регионот на ЈИЕ

Законите за меѓународно приватно право во државите на ЈИЕ можат да бидат систематизирани во две поголеми групи врз основа на структурата и влијанието на овие правни акти. Првата група е составена од Босна и Херцеговина, Косово и Србија, кои сè уште го применуваат Законот за решавање на судирите на законите со прописите на другите држави во определени односи (ЗРСЗ, 1982)¹⁷ што во основа значи дека применуваат идентични одредби на меѓународното приватно право. Втората група држави од регионот на ЈИЕ се состои од држави кои имаат пројдено низ процесот на модернизација на нивното национално МПП врз основа на одредбите на ЕУ-регулативите и решенијата во конвенциите на НССН (Албанија,¹⁸ Црна Гора,¹⁹ Република Северна Македонија²⁰ и Турција²¹). Поделба помеѓу државите на регионот на ЈИЕ по овие основи е особено значајна, бидејќи дава подетален опис на „пејзажот“ на меѓународното приватно право во регионот²² и дава објаснувања на некои идни трендови и траектории во развојот на МПП во регионот на ЈИЕ.²³

Дополнителна околност која е особено значајна за апсорпциониот капацитет на регионот на ЈИЕ во однос на Хашката конвенција од 2019 година е несомнената потреба од олеснето признавање и извршување на странските судски одлуки во овој регион. Две околности се особено значајни од овој аспект. Најпрвин, економскиот интерес на државите од регионот на ЈИЕ налага олеснето циркулирање на странските судски одлуки со што би се гарантирала правната сигурност на одлуките кои произлегуваат од овие правни системи. Второ, споделената историја која регионот ја гради во последните 100 години несомнено се протега и на правна традиција која има влијание и на големиот

¹⁷ „Службен весник на СФРЈ“ бр. 43/82,72/82.

¹⁸ Во Албанија, постапката за признавање и извршување се спроведува согласно со Законикот за граѓанска постапка (СvPC) (Закон бр. 8116 од 29.3.1996 година, Законик за граѓанска постапка на Република Албанија, „Службен весник“ бр. 138 од 7.12.1998 година), додека другите МПП прашања, вклучително и меѓународната надлежност, се регулирани со Законот за меѓународно приватно право (Закон бр. 10 428 од 2. 6.2011 година за Меѓународно приватно право, „Службен весник“ бр. 82, 17.6.2011 година).

¹⁹ Закон за меѓународно приватно право („Службен весник на Република Црна Гора“, бр. 1/2014, 6/2014, 11/2014, 14/2014 и 47/2015).

²⁰ Закон за меѓународно приватно право („Службен весник на Република Северна Македонија“, бр. 32/2020).

²¹ Закон за меѓународно приватно право („Службен весник на Република Турција“, 12.12.2007/2678).

²² Во овој контекст е потребно да се споменат и другите држави на регионот ЈИЕ (Словенија, Хрватска, Грција, Бугарија и Романија) кои имаат значајна улога и влијание на регионот и развојот на МПП.

²³ Повеќе за развојот на меѓународното приватно право во регионот на ЈИЕ. види Meškić Z., “Regional Convention on Jurisdiction and the Mutual Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Sarajevo Convention) – A Perspective of Bosnia and Herzegovina”, in Varady T., Knieper J. (eds), *Liber amicorum : Gašo Knežević*, Belgrade 2016, стр.242-264. Постои и уште една поделба на државите од регионот на ЈИЕ, а кој се однесува на реципроцитетот како услов за признавање и извршување. Повеќето од државите со реформирано МПП (со исклучок на Турција) го немаат предвидено условот на реципроцитет во нивните национални закони, додека останатите држави и Турција го предвидуваат овој услов за признавање и извршување странски судски одлуки.

број заеднички карактеристики на националните прописи поврзани со меѓународното приватно право. Овие два аспекта треба да се гледаат независно од интенцијата на регионот за полноправно членство во ЕУ. Ваквата поставеност во последните 20 години овозможува значителна динамика во развојот на МПП во регионот на ЈИЕ.²⁴ Олеснетото циркулирање на странските судски одлуки во регионот на ЈИЕ зазема значајно место во правната доктрина на државите од регионот, па затоа историски биле предложени неколку модалитети во согласност со кои би можело да се олесни признавањето и извршувањето на странските судски одлуки.²⁵ Од овие модалитетит, најмногу енергија било потрошено на создавањето на Сараевската конвенција.²⁶ Конечниот исход на Сараевската конвенција од оваа перспектива е неизвесен, а тоа отвора можност Хашката конвенција од 2019 година да го пополни тој простор.

Друг метод кој е применет во регионот на ЈИЕ во однос на олеснувањето на признавањето на странските судски одлуки е склучувањето билатерални договори. Иако на прв поглед ваквиот метод има позитивна конотација, сепак, неговата практична примена има определени проблеми. Најпрвин, потребно е многу енергија за да се покријат сите држави од регионот на ЈИЕ., второ, постојат голем број билатерални договори кои се постари од 50 години и, трето, овие договори не се однесуваат единствено на признавањето и извршувањето на странски судски одлуки бидејќи државите се одлучуваат на склучување поголеми билатерални договори кои се од областа на прекуграничната соработка, вклучувајќи и други граѓански правни аспекти, но и одредби кои се однесуваат на прекугранична соработка во кривичната материја.²⁷ Поради овие аспекти, многу често билатералните договори не се применуваат во праксата.

²⁴ Jessel-Holst C., *The Reform of Private International Law Acts in South East Europe, with Particular Regard to the West Balkan Region*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, Zenica, Issue No. 18, 9/2016, стр. 134

²⁵ Проф. Кунда наведува три потенцијални методи на хармонизација на националните закони со правото на ЕУ: транспозиција на Регулатива Брисел 1, пристапување кон Конвенцијата од Лугано или составување нова регионална конвенција која ќе го опфати подрачјето на примена на режимите воспоставени со Регулатива Брисел 1 и Конвенцијата од Лугано. Kunda I., *The Question of an Appropriate Method: Incorporation of the Community Instrument, Invitation to Join the Lugano Convention or a New Convention?*, Collected Papers from the VIIth Private International Law Conference-Enlargement of the European Judicial Area to CEFTA Countries, Novi Sad 2010.

²⁶ Meškić Z., (n. 23), стр. 261.

²⁷ Повеќе за билатералните договори на овие држави, види Gugu Bushati A., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in Southeast Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Albania*, GIZ, 2021, стр.18; Povlakić M., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in Southeast Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Bosnia and Herzegovina*, GIZ, 2021, стр.49; Qerimi D., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in Southeast Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Kosovo*, GIZ, 2021, стр.85; Kostić-Mandić M., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in South East Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Montenegro*, GIZ, 2021, стр.116; Rumenov I., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in South East Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report North Macedonia*, GIZ, 2021, стр.142; Đorđević S., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in South East Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Serbia*, GIZ, 2021, стр.181-182; Süral Efeçinar C., *Possible Ratification of the Hague Convention by Turkey and Its Effects to the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, Public and Private International Law Bulletin, No.40(2), стр.802.

2. Хашката конвенција од 2019 година и нејзината перспектива во Југоисточна Европа

Моделот на признавање и извршување предвиден со Хашката конвенција од 2019 година е едноставен: доколку пресудата која се однесува на граѓански и трговски работи е донесена во држава која ги задоволува основите за индиректна надлежност предвидени со член 5 и член 6 и доколку условите за признавање и извршување предвидени во член 7 не се исполнети, тогаш таа пресуда може да биде признаена и извршена во замолената држава. Во основа, оваа конвенција има уште еден олеснителен модалитет, со тоа што овие пресуди можат да се признаваат и извршуваат согласно со националните прописи доколку биде земен предвид член 6 од Хашката конвенција од 2019 година. Оттука, три фактори се особено значајни за примена на механизмот на Конвенцијата: прво, странската судска пресуда треба да се однесува на граѓански и трговски работи (сфатени на автономен начин согласно со член 20, различен од националното толкување на овие поими),²⁸ второ, странската судска пресуда мора да ги помине јурисдикционите филтри предвидени со член 5 и член 6 и, трето, странската судска одлука да ги исполни претпоставките за признавање и извршување предвидени со член 7. Ваквиот механизам предвиден со Хашката конвенција од 2019 година мора да се гледа заедно со член 15 (принципот на *favor recognitionis*) со кој се прошируваат модалитетите за инкорпорирање на странската судска пресуда во домашниот правен систем преку овозможување на користењето со внатрешните (национални) правила доколку пресудата не може да се признае и изврши согласно со Конвенцијата. Единственото ограничување на овој принцип е тоа што со овој дополнителен механизам се исклучени случаите предвидени со член 6 од Хашката конвенција (исклучивите индиректни јурисдикциони основи). На овој начин, може да се каже дека со Хашката конвенција од 2019 година се воспоставуваат минимални стандарди за заемно признавање и извршување.²⁹

2.1 Подрачје на примена на Хашката конвенција од 2019 година

Хашката конвенција од 2019 година во однос на материјалното и територијалното подрачје на примена (*ratione materiae* и *ratione loci*) пристапува на стандардниот начин предвиден со Хашката конвенција од 2005 година и со Регулатива (ЕУ) бр. 1215/2012 на Европскиот парламент и Советот од 12 декември 2012 година за надлжноста и признавањето и извршувањето пресуди во граѓански и трговски работи (Регулатива Брисел 1 (новела)) со определени специфичности кои се однесуваат на Хашката конвенција од 2019 година. Член

²⁸ Ribeiro-Bidaoui, J., “The International Obligation of the Uniform and Autonomous Interpretation of Private Law Conventions: Consequences for Domestic Courts and International Organisations”, *Netherlands International Law Review* 67 (2020), стр. 141; Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., “Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters: Explanatory Report”, as approved by the HCCH on 22 September 2020, p.8, <<https://assets.hcch.net/docs/a1b0b0fc-95b1-4544-935b-b842534a120f.pdf>> (пристапено 27.1.2022 година)

²⁹ Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 326.

1 од Хашката конвенција од 2019 година, гледан заедно со член 2 од Конвенцијата, го определува подрачјето на примена на оваа конвенција и ја определува нејзината примена во материјален и територијален аспект.³⁰ Во однос на материјалното подрачје на примена, Хашката конвенција пристапува со определување на подрачјето од општо кон посебно, најпрвин определувајќи го поширокото подрачје на граѓански и трговски работи и подоцна определувајќи ги поединечните аспекти кои се исклучени од примената на Конвенцијата. Така, со член 1 од Хашката конвенција од 2019 година се определува дека таа се применува на граѓански и трговски работи,³¹ а потоа исклучувајќи ги поспецифичните подрачја како што се даночни, царински и административни одлуки од подрачјето на примена.³² На сличен начин како и Регулатива Брисел 1 (новела),³³ подрачјето на примена не е лимитирано само на овие јавно правни аспекти, туку вклучува други *acta iure imperii* кога државите ги остваруваат своите извршни и суверени функции кои не се остваруваат од обичните лица.³⁴ Спротивно на тоа, Хашката конвенција од 2005 година не се применува на овие односи, бидејќи е невообичаено да се состави пророгациона спогодба за овие правни аспекти.³⁵ Во основа, овие разлики во конструкцијата на речениците помеѓу двете конвенции се минимални и Хашката конвенција од 2019 година и Хашката конвенција од 2005 година треба да се толкуваат во иста насока.³⁶

Понатаму, член 2 (4) од Хашката конвенција од 2019 година определува дека пресудата не е исклучена од подрачјето на примена на Конвенцијата врз основа на фактот дека државата, вклучително и владата, владина агенција или кое било лице кое постапувало во име на државата било дел од постапката. Како баланс на овој принцип, врз основа на член 19 е можно државите да дадат декларации со кои ја исклучуваат примената на член 2(4) со што реципрочно државите се оневозможени пресудите кои се во нивна полза да бидат признаени и извршени во други држави договорнички.³⁷

Член 2 содржи определени односи кои се набројани, врз кои Хашката конвенција од 2019 година не се применува, а со тоа се исклучени од подрачјето на примена.³⁸ Во споредба со Хашката конвенција од 2005 година, Хашката

³⁰ Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 27.

³¹ Квалификацијата на пресудата дали се однесува на граѓански и трговски работи зависи од правната природа на тужбата врз која е донесена пресудата, а не врз основа на природата на судот, природата на странките или фактот дека побарувањето било пренесено на друго лице. See, Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 28-31, стр. 8.

³² Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 34-35.

³³ Во врска со толкувањето на CJEU види, Nikiforidis (Case C-135/15, OJ C 198, 15.6.2015) и Kuhn (Case C-308/17, ECLI:EU:C:2018:911)

³⁴ Hartley T., Dogauchi M. "Convention of 30 June 2005 Choice of Court Agreements Convention: Explanatory Report", <<https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>> (пристапено 13.08.2021), par. 85.

³⁵ Bonomi, A., Mariottini, Cristina M., "(Breaking) News From The Hague: A Game Changer in International Litigation? – Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention", Yearbook of Private International Law 20 (2018/2019), стр. 542.

³⁶ Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 34.

³⁷ Bonomi, A., Mariottini, Cristina M., (n.35), стр. 542.

³⁸ Прашањата што се исклучени од Хашката конвенција од 2019 година се: (а) статусот и правната способност на физичките лица; (б) обврските за издржување; (в) други прашања од семејното право, вклучувајќи режими на брачен имот и други права или обврски што произлегуваат од бракот или слични односи; (г) тестаменти и наследување; (е) стечај, порамнување, реконструирање

конвенција од 2019 година содржи 17 исклучоци од подрачјето на примена, додека Хашката конвенција од 2005 година содржи 16 исклучоци. На тој начин, иако овие две конвенции се слични, сепак, Хашката конвенција од 2019 година има пошироко подрачје на примена со тоа што оваа конвенција се применува и на договори за вработување и на потрошувачки договори, физички повреди, материјална штета на стварите, сопственички односи врз недвижности, заем на недвижности, како некои односи поврзани со антимонополско право и заштита на конкуренција.³⁹ За споредба, Регулатива Брисел 1 (новела) содржи само 6 исклучени видови односи од нејзиното подрачје на примена,⁴⁰ поради фактот што голем број на овие исклучоци се осетливи за голем број држави членки на ЕУ.⁴¹

Друг значаен аспект на член 2 на Хашката конвенција од 2019 година е тоа што со него се исклучува примената на овој меѓународен инструмент врз арбитражните одлуки и одлуките добиени преку други алтернативни начини на решавање на споровите. Како што беше напоменато, оваа конвенција може да се примени на одлуки во кои една од страните е држава, влада, владина институција или лице кое дејствува во име на државата, но од подрачјето на примена се исклучени имунитетите и привилегиите на државите и меѓународните организации.

Судот што треба да ја признае странската судска одлука, кога е соочен со странска пресуда, при нејзина квалификација дали пресудата е донесена во „граѓански и трговски работи“ мора да го има предвид и член 20 од Хашката конвенција од 2019 годна преку кој се остварува уедначеното толкување и примената на Конвенцијата.⁴² Со примената на член 20, националните судови при определувањето на терминот „граѓански и трговски работи“ се дистанцираат од толкувањето согласно со *lex fori*, односно на начинот како овој термин се толкува во националното право,⁴³ или, пак, во однос на државите членки на ЕУ потесното сфаќање на поимот „граѓански и трговски работи“ што го има Регулатива Брисел 1 (новела).⁴⁴ Сепак, треба да се напомене дека судот што ја признава странската судска одлука мора да има определен континуитет во поимањето на терминот „граѓански и трговски работи“ присутен во другите хашки

на финансиските институции и слични прашања; (д) превоз на патници и стока; (ѓ) загадување на морињата, ограничување на одговорноста за поморски побарувања, општи хаварии, и итно пренесување и спасување; (е) одговорност за нуклеарна штета; (ж) полноважност, ништовност или престанок на правните лица или здруженијата на физички или правни лица и валидност на одлуките на нивните органи; (з) полноважноста на уписите во јавните регистри; (с) клевета; (и) приватност; (ј) интелектуална сопственост; (к) активности на вооружените сили, вклучително и активностите на нивниот персонал во вршењето на нивните службени должности; (л) активности за полицијата, вклучувајќи ги и активностите на персоналот на полицијата во вршењето на службените должности; (љ) прашања за заштита на конкуренцијата; (м) реструктурирање на државниот долг преку еднострани државни мерки.

³⁹ Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 44.

⁴⁰ Член 1(2) од Регулатива Брисел 1 (новела).

⁴¹ Nielsen, P. A., *The Hague 2019 Judgments Convention – from failure to success*, Journal of Private International Law 16 (2020), стр. 212; Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 44.

⁴² Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 32.

⁴³ Hartley/Dogauchi Report (n.34), par.49.

⁴⁴ Wilderspin, M., Vysoka, L., “*The 2019 Hague Judgments Convention through European lenses*”, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2020, стр. 37.

конвенции, а особено во Хашката конвенција за избор на надлежен суд од 2005 година.⁴⁵

Во однос на *ratione loci*, територијалната примена на Конвенцијата е определена на таков начин што таа се применува на признавање или извршување од страна на суд на една држава членка, на судски пресуди донесени од страна на суд на друга држава членка.⁴⁶ Сепак, особено значаен за територијалната примена на оваа конвенција е член 29, со кој се остава можност да се ограничи територијалната примена во однос на определена држава со тоа што ќе се одбие да се воспоставата реципрочни односи и со тоа Конвенцијата нема да се применува помеѓу тие две држави.⁴⁷

2.2 Јурисдикционите филтри (индиректна надлежност) во Хашката конвенција од 2019 година

Основните одредби⁴⁸ или „срцето“⁴⁹ на Хашката конвенција од 2019 година се член 5 и член 6 кои се однесуваат на индиректната надлежност и исклучивата индиректна надлежност. Причината за нивната важност е нивната поставеност во рамките на Хашката конвенција од 2019 година, односно тие претставуваат точка што ги поврзува државите на потекло и државите на признавање на странската судска одлука.

Член 5 и член 6 од Хашката конвенција од 2019 година претставуваат јурисдикциони филтри врз основа на кои судот на признавање ја оценува странската судска одлука на државата на потекло.⁵⁰ Нивната функција е таква што самите одредби за директна надлежност во државата на потекло кои биле применети на дадената ситуација се ирелевантни и основното прашање е дали врската со судот на потекло се остварила на фактички начин.⁵¹ Со тоа, „јурисдикционите филтри“ одат чекор понатаму од одредбите за директната надлежност на државата на потекло со тоа што определувањето на овие конекции на случајот со судот се земаат предвид независно од начинот на определувањето на директната надлежност од страна на судот на потекло.⁵² Ваквата паралелна поставеност на системите на директна и индиректна надлежност е доста ригидна, но последиците се ублажуваат со структурата на самите „јурисдикциони филтри“. Наместо да се создадат прешироко поставени „јурисдикциони

⁴⁵ Nielsen, P. A., (n.41), стр.211

⁴⁶ Член 1(2) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁴⁷ Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 407-420.

⁴⁸ Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.18), par. 134.

⁴⁹ Bonomi, A., Mariottini, Cristina M., (n.35), стр. 549.

⁵⁰ Garcimartín F, Saumier G., (n.28), par 134.

⁵¹ Замолената држава е ограничена само на „јурисдикционите филтри“ предвидени со член 5 и не ѝ е дозволено да го применува „принципот на огледало“ при одмерувањето на врските со државата на потекло. Nielsen, P. A., (n.41), стр. 214.

⁵² Дури и ако судот на потекло ја засновал својата надлежност на некоја прекумерна основа (државјанството на тужителот или извршена достава во државата на потекло), сепак, судот што ја признава странската судска одлука независно ќе одреди дали се исполнети јурисдикционите филтри предвидени со член 5 од Хашката конвенција од 2019 година (на пример, вообичаеното престојувалиште на тужениот).

филтри“, член 5 определува области за кои постои определен консензус и кои би можеле да бидат прифатени од најголем број држави.⁵³

Овие јурисдикциони филтри можат да бидат групирани во три традиционални категории: надлежност врз основа на тужениот надлежност врз основа на согласност на страните; и надлежност врз основа на поврзаност на тужбата со државата на потекло.⁵⁴ Повеќето од овие јурисдикциони критериуми можат да се најдат во националните правни системи, но во рамките на Хашката конвенција од 2019 година тие се попрецизно и потесно определени.⁵⁵ Потребно е да се напомене дека помеѓу овие јурисдикциони филтри нема хиерархија, односно тие имаат ист статус и легитимитет⁵⁶ и задоволувањето на кој било критериум го исполнува условот од член 5⁵⁷ со тоа што мора да биде земено предвид дека член 6 предвидува исклучива индиректна надлежност (односно местото на наоѓање на недвижноста може да биде единствениот критериум за воспоставување директна надлежност).

2.3 Услови за одбивање на признавањето и извршувањето

Последната контрола што ќе ја поминат странските судски одлуки во државата на признавањето пред да бидат инкорпорирани во домашниот правен систем се условите за одбивање на признавањето и извршувањето предвидени со член 7(1) од Хашката конвенција од 2019 година. Овие седум услови можат да доведат до одбивање на признавање и извршување на странската судска одлука, но нивната цел е да создадат минимум стандарди за одбивање на признавањето, со можна адаптација на овие услови.⁵⁸ Од друга страна, овие услови не се некоја особена новина во однос на признавањето и извршувањето и тие можат да се пронајдат во поголемиот број држави. Оттука, како услови за одбивање на признавањето и извршувањето се среќаваат следниве: повреда на правото на одбрана, измама и јавен поредок, повреда на избраната надлежност, и постоење паралелни постапки и *res iudicata*.

Првиот услов се однесува на повреда на правото на одбрана во земјата на потекло. Овој услов конкретно се однесува на недостигот на соодветна достава до тужениот, што претставува основа за одбивање на признавањето и извршувањето.⁵⁹ Со оваа одредба се опфатени две различни сценарија. Според првото сценарио, исправата со која е поведена постапката, или некоја друга истовидна исправа, вклучително и изјава која ги содржи основните елементи на тужбата,

⁵³ Целта е да се определат околности според кои лицето против кое се бара признавањето или извршувањето не можело разумно да бара постапката да се спроведе пред некој друг суд.. Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Outstanding Issues”, Prel. Doc. No.2 of April 2016 for the attention of the Special Commission of June 2016 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. Види исто, Bonomi, A. Mariottini, Cristina M., (n.35), стр.549; Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., (n.28), par. 138.

⁵⁴ Weller M., *The Jurisdictional Filters of the HCCH 2019 Judgments Convention*, Yearbook of Private International Law XXI (2019/2020), стр. 282; Garcimartín F, Saumier G., (n.28), par 138; Nielsen P.A., (n.41), стр.214.

⁵⁵ Garcimartín F, Saumier G., (n.28), par. 138.

⁵⁶ Weller M., (n.54), стр. 282

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ Garciamartin F, Saumier G., (n.28), par. 273-275.

⁵⁹ Rumenov I., *Country Report North Macedonia*, (n.27), стр. 178.

не била навремено доставена до тужениот и на начин со што би му се овозможило подготовка на неговата одбрана, освен ако тужениот не се впуштил во расправа без да ја оспори доставата на судот на потекло, под услов правото на државата на потекло да дозволува оспорување на доставата.⁶⁰ Согласно со второто сценарио, исправата со која се поведува постапката, или истовидна исправа, вклучително и изјава која ги содржи основните елементи на тужбата, била доставена на тужениот во замолената држава на начин што е некомпатибилен со фундаменталните принципи на замолената држава кои се однесуваат на достава на исправи.⁶¹

Вториот услов во Хашката конвенција од 2019 година се ондесува на измамата како услов за признавање и извршување на странската судска одлука.⁶² Овој услов треба да се гледа заедно со третиот услов кој се однесува на јавниот поредок.⁶³ Јавниот поредок како услов за признавање и извршување странски судски одлуки има широко значење и неговото толкување и примена се разликува во националните правни системи. Неговото подрачје на примена и неговиот состав зависи од начинот на кој секоја држава ги цени сопствените интереси.⁶⁴ Ова значи дека сфаќањето на јавниот поредок во меѓународното приватно право се однесува на збирот на сите вредности на кои правниот, општествениот и културниот поредок на секоја држава се заснова и кој мора да соодветствува на соодносот со меѓународниот елемент.⁶⁵

Четвртиот услов се однесува на одлука која е донесена од суд кој засновал надлежност спротивно од пророгациониот договор со кој се определувала надлежност на суд, различен од судот на потекло на пресудата.⁶⁶ Овој услов има цел да го поддржи *prorogation iurisdictionis* и автономијата на волјата на странките. Член 7(1)(д) од Хашката конвенција од 2019 година мора да се гледа заедно со основите за индиректна надлежност предвидени во член 5, бидејќи, во основа, овој услов претставува последна одбрана против пресуда која е донесена од суд кој ги поминал јурисдикционите филтри по некој друг основ, но, сепак, во самиот случај постоел договор за избор на надлежен суд.⁶⁷

Петтиот и шестиот услов се однесуваат на две слични ситуации со кои служат за разрешување на проблемот на паралелни постапки.⁶⁸ Овие услови се однесуваат на две различни сценарија: првото, каде што едната одлука била донесена од замолените суд; и, второто, каде што едната одлука била донесена во друга држава (различна од судот на потекло).⁶⁹ Согласно со првото сценарио, пресудата од државата на потекло не соодветствува со пресудата донесена во замолената држава помеѓу истите страни.⁷⁰ Одредбата во овој член е

⁶⁰ Член 7(1)(а)(i) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁶¹ Член 7(1)(а)(ii) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁶² Член 7(1)(b) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁶³ Член 7(1)(c) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁶⁴ Случај II Ips 462/2009 на Врховниот суд на Република Словенија стр. 6-7, пар. 9.

⁶⁵ Kramberger Škerl J., *Evropeizacija javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu*, Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljani (2009) стр. 349.

⁶⁶ Член 7(1)(d) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁶⁷ Garciamartin F, Saumier G., (n.28), par. 297-298.

⁶⁸ Член 7(1)(e) и (f) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁶⁹ Garciamartin F, Saumier G., (n.28), par. 300.

⁷⁰ Член 7(1)(e) од Хашката конвенција од 2019 година.

идентична со одредбата предвидена во Хашката конвенција од 2005 година⁷¹ и за нејзина примена е потребно исполнување на два условия: пресудите да не соодветствуваат и спорот да биде помеѓу истите страни. За примена на оваа одредба не е потребно постоење временска хиерархија и пресудата да биде донесена во истата правна работа.⁷² Второто сценарио се однесува на ситуацијата кога пресудата е спротивна со порано донесената пресуда во друга држава помеѓу истите странки и во истата работа, со тоа што претходно донесената пресуда ги исполнува условите за признавање во замолената држава.⁷³ Овој услов е поспецифичен од претходниот и за негова примена е потребно исполнување на повеќе услови: прво, пресудата од другата држава да била порано донесена од пресудата во државата на потекло без разлика кој суд првично ја засновал надлежноста;⁷⁴ второ, двете пресуди треба да се однесуваат на истата правна работа; и трето, првично донесената пресуда мора да биде подобна за признавање и извршување во замолената држава без разлика дали предлогот за признавање е поднесен или не е поднесен.⁷⁵

Последниот услов, член 7(2) од Хашката конвенција од 2019 година се однесува на проблемот на *lis pendens* и, во овој случај, судот на признавање може да го запре или да го одбие признавањето и извршувањето доколку постапките помеѓу истите странки во однос на истата правна работа се водат пред судот на замолената држава.⁷⁶ За примена на оваа одредба, потребно е да бидат исполнети други два дополнителни услови: судот на замолената држава прв да ја засновал надлежноста,⁷⁷ и да постои тесна врска помеѓу спорот и замолената држава.⁷⁸

2.4 Компатибилност на Хашката конвенција од 2019 година со националните системи на МПП во регионот на ЈИЕ

Во основа, Хашката конвенција од 2019 година и националните системи на МПП во регионот на ЈИЕ не се идентични и содржат различни решенија за некои аспекти, но овие разлики не се од таков карактер што би ја правеле Хашката конвенција од 2019 година неприменлива и, оттука, не изненадува интересот на државите од регионот на ЈИЕ да ѝ пристапат на оваа конвенција.⁷⁹ Од друга страна, самата поставеност на системот на Хашката конвенција од

⁷¹ Член 9(f) од Хашката конвенција од 2005 година.

⁷² Garciamartin F, Saumier G., (n.28), par. 301.

⁷³ Член 7(1)(f) од Хашката конвенција од 2019 година.

⁷⁴ Garciamartin F, Saumier G., (n.28), par. 301

⁷⁵ *ibid.*

⁷⁶ Article 7(2) of the HCCH 2019 Convention

⁷⁷ Article 7(2)(a) of the HCCH 2019 Convention.

⁷⁸ Article 7(2)(b) of the HCCH 2019 Convention.

⁷⁹ За разликите помеѓу националните прописи на државите на регионот на ЈИЕ и Хашката конвенција од 2019 година види, Gugu Bushati A., *Country Report Albania*, (n.27), стр.19-20; Povolakić M., *Country Report Bosnia and Herzegovina*, (n.27), стр.43-47; Qerimi D., *Country Report Kosovo*, (n.27), стр.85; Kostić-Mandić M., *Country Report Montenegro*, (n.27), стр.119; Rumenov I., *Country Report North Macedonia*, (n.27), стр.145; Đorđević S., *Country Report Serbia*, (n.27), стр.192; Süral Efeçinar C., (n.27), стр.795-796.

2019 година овозможува странските судски пресуди да можат непречено (со исклучок на случаите што се однесуваат на недвижности)⁸⁰ да циркулираат врз основа на овој меѓународен инструмент и врз основа на националните правни прописи,⁸¹ со што се создаваат комплементарни инструменти кои само го прошируваат дијапазонот на модалитети на инкорпорирање на странските судски одлуки во домашниот правен систем, а со тоа влијаат на зголемувањето на правната сигурност.

Во однос на јурисдикционите филтри и нивната компатибилност со националните јурисдикциони критериуми предвидени со домашните прописи, треба да се напомене дека примената на јурисдикционите филтри во Хашката конвенција од 2019 година е независно од начинот на кој била заснована директната надлежност од страна на судот на потеклото.⁸² Сепак, хармонизацијата на јурисдикционите критериуми или барем нивно приближување претставува добар основ за зголемување на правната сигурност и координацијата на правните системи. Гледајќи низ таа призма, може да се каже дека состојбата во државите на регионот на ЈИЕ можат да се поделат во две групи: држави кои сè уште го применуваат ЗРСЗ 1982 (Босна и Херцеговина, Косово и Србија) и држави кои имаат извршено реформа на националниот МПП под влијание на МПП на ЕУ и решенијата на НССН (Албанија, Црна Гора, Македонија и Турција). Во однос на оваа втора група, степенот на хармонизација со правото на ЕУ е различен, но во нивните решенија се гледа влијанието на ЕУ. Кај првата група држави, се забележуваат поголеми разлики во односот помеѓу јурисдикционите филтри и националните јурисдикциони критериуми. Во овие држави, особено постои разлика во тоа што во националните прописи не се предвидени јурисдикциони критериуми како што се, на пример: вообичаеното престојувањето на тужениот, главно место на работење, потрошувачки договори и договори за вработување.⁸³ Другата група држави, во основа, ги содржи повеќето од овие нови јурисдикционите критериуми за директна надлежност, но со определени разлики.⁸⁴ Тука би можело да се постави и уште една секундарна цел на Хашката конвенција од 2019 година, а тоа е индиректно хармонизирање на националните јурисдикциони критериуми.⁸⁵ Несомнено е дека решенијата на Хашката конференција често се земаат како модели во реформирањето на националните прописи. Оттука, поставеноста на јурисдикционите филтри и критериумите врз основа на кои тие се конципирани можат во иднина да пос-

⁸⁰ Чл. 6 од Хашката конвенција од 2019 година.

⁸¹ Чл. 15 од Хашката конвенција од 2019 година.

⁸² Nielsen, P. A., (n.41), стр. 214.

⁸³ Повеќе за односот на јурисдикционите критериуми во Република Северна Македонија и во државите на регионот на ЈИЕ со јурисдикционите филтри предвидени во член 5 и член 6 во Хашката конвенција од 2019 година, види, Gugu Bushati A. and others., *Country Reports*, (n.27), стр.18 *et seq.*

⁸⁴ Rumenov I., *The indirect jurisdiction of the HCCH 2019 Convention on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters – Is the “heart” of the Convention in the right place?*, SEELS Law Journal 1:8, 2021, 9-43; Gugu Bushati A., *Country Report Albania*, (n.27), стр.17-39; Kostić-Mandić M., *Country Report Montenegro*, (n.27), стр. 119-143.

⁸⁵ Rumenov, I., *Implications of the new 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Enforcement of Foreign Judgments on the national legal systems of countries in South Eastern Europe*, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), 3, (2019), стр. 402.

лужат како модели на конструирање на националните јурисдикциони филтри, а со цел да се олесни циркулирањето на странските судски одлуки.

Условите за признавање и извршување на странските судски одлуки, предвидени во член 7 на Хашката конвенција од 2019 година, во основа, се присутни во поголемиот број држави од регионот на ЈИЕ. Споредбено, овие услови не се идентични, но поголемиот број држави предвидуваат правила со кои се заштитува: правото на одбрана; јавниот поредок; пророгационата спогодба на странките; и решавањето на проблемот на паралелни постапки и спротивставени пресуди.⁸⁶

Дадената поставеност на решенијата за признавање и извршување во националните прописи и политичко-економските интереси на регионот неминовно го наметнуваат прашањето за полезноста од Хашката конвенција од 2019 година во регионот на ЈИЕ. Доколку се земат предвид политичко-економските интереси на регионот, неминовно тие се поврзани со ЕУ и сите држави на ЈИЕ имаат заедничка цел – полноправно членство во ЕУ. Исполнувањето на оваа цел, би предизвикало последици врз одредбите за признавање и извршување странски судски одлуки во граѓански и трговски работи кои во рамките на ЕУ помеѓу државите членки се уредуваат со Регулатива Брисел 1 (новела). Антиципативно, доколку сите држави од регионот станат дел од ЕУ, тие во меѓусебните односи ќе ја применуваат Регулатива Брисел 1 (новела). Тука се поставува прашањето дали во таква ситуација е потребна Хашката конвенција од 2019 година? Ако се земе предвид дека ЕУ ќе ѝ пристапи на Хашката конвенција од 2019 година, одговорот е евидентен.⁸⁷ Односот на ЕУ и Хашката конференција за меѓународно приватно право е партнерски и има цел да воспостави униформни правила на МПП кои државите членки на ЕУ ќе ги применуваат и во односите помеѓу нив кои не се регулирани со правото на ЕУ (на пример, Хашкиот протокол за определување на меродавното право за обврските за издржување од 2007 година), но повеќе кон регулирање на односите помеѓу нив и трети држави. Со ваквиот маневар, ЕУ воспоставува заеднички минимални стандарди за признавање и извршување странски судски одлуки во граѓански и трговски работи, кои сите држави членки на ЕУ ќе ги применуваат кон трети држави. На овој начин, разликите кои постојат во внатрешните системи во однос на условите за признавање и извршување странски судски одлуки ќе бидат унифицирани, со воспоставена определена правна сигурност, но и со почитување на разликите кои постојат во однос на директната меѓународна надлежност.

Во однос на државите на регионот на ЈИЕ кои го имаат реформирано своето национално МПП врз основа на правото на ЕУ, ваквиот трансфер кон Регулатива Брисел 1 (новела) и Хашката конвенција од 2019 година нема да претставува суштинска промена, поради стандардизираните јурисдикциони критериуми и стандардизираните услови за признавање и извршување. Дру-

⁸⁶ За повеќе види, Gugu Bushati A. and others., (n.27), стр. 18 *et seq.*

⁸⁷ На 22 јуни 2022 година, Европскиот парламент даде согласност за пристапување на ЕУ кон Хашката конвенција од 2019 година, European Parliament legislative resolution of 23 June 2022 on the draft Council decision concerning the accession of the European Union to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (13494/2021 – C9-0465/2021 – 2021/0208(NLE)) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0261_EN.html>

гата група држави кои сè уште го применуваат ЗРСЗ ќе имаат потреба од целосно приспособување на нивното МПП поради поголемите разлики на нивното национално право и правото на ЕУ, кои, меѓу другото, се состојат во зголемено учество на *lex nationalis* како јурисдикционен критериум и точка на врзување, непостоење на вообичаеното престојувалиште како јурисдикционен критериум и точка на врзување и непостоење главно место на работење како јурисдикционен критериум, немање одредби за меѓународна надлежност на потрошувачки договори и договори за вработување, како и голем број случаи на исклучива надлежност во националните закони за меѓународно приватно право.

Сепак, најголемиот интерес на ЕУ, а со тоа и на државите на регионот на ЈИЕ, е универзалноста на решенијата на Хашката конференција. Интересот од постоење правна сигурност во однос на признавањето и извршувањето пресуди од и кон трети држави има своја економска димензија. Зголемената правна сигурност која се добива со Хашката конвенција од 2019 година носи и поголема економска динамика на државите на ЕУ и државите од ЈИЕ со трети држави, како што се САД, Русија, Кина, но и со голем број други потенцијални пазари. Од интерес е на сите да се изградат посигурни мостови кои ќе овозможат поголема правна предвидливост, а со тоа и зголемување на заемната доверба. Иако моменталната политичка состојба не го овозможува тоа, сепак, постоењето на Хашката конференција во период подолг од 125 години ни дава сигурност дека волјата за соработката на државите ги надминува моменталните несогласувања. Овие интереси се поклопуваат и со правните, политичките и економските интереси на Република Северна Македонија.

3. Заклучок

Регионот на ЈИЕ претставува еден од најсиромашните региони во Европа. Постојат различни причини за таквата состојба, но развојот на регионот е во директна врска со развојот на трговските односи помеѓу овие држави. За правилен развој на овие трговски односи, несомнено е потребен и развој на правните системи, а особено олеснето циркулирање на судските пресуди, со што би се зголемила и правната сигурност. Оттука, не изненадува и потрагата на државите на регионот на ЈИЕ по модалитет на олеснета прекугранична соработка во делот на признавањето и извршувањето на странските судски одлуки. Таа потрага се гледа во сè поголемиот број билатерални договори помеѓу државите од регионот на ЈИЕ кои се однесуваат на прекуграничната соработка во граѓанската материја, хармонизација на националните прописи со правото на ЕУ, како и работата на создавањето на Сараевската конвенција која би претставувала регионален инструмент кој би се однесувал на заеднички правила за директна меѓународна надлежност и признавање и извршување странски судски одлуки. Парцијалниот успех во решавањето на овој проблем остава простор за прифаќање на Хашката конвенција од 2019 година. Оваа конвенција, која е моделирана да им овозможи определена флексибилност на потребите на државите во однос на нерамномерниот интензитет на економски односи помеѓу нив, но во исто време и да не ја загрози правната сигурност која треба

да биде гарантирана со неа, прави да биде најсоодветна платформа врз основа на која би циркулирале странските судски одлуки во граѓанската и трговската материја. Имено, различните политички прилики прават државите на ЈИЕ да имаат определени меѓусебни недоразбирања. Можноста за ставање резерви на примената токму кон овие држави прави тие да ги следат своите јавни политики, но во исто време и да можат да имаат платформа за меѓусебна соработка. Со решавањето на овие политички проблеми, би се отстранила и пречката за тоа заемно признавање и извршување на странските судски одлуки, а со и примената на Хашката конвенција од 2019 година.

Надвор од регионалниот интерес, оваа конвенција нуди и можности за развој на поинтезивни економски односи со трети држави. Самиот сигнал дека оваа конвенција е потпишана од САД, Русија, Украина, а се работи и на прифаќање од страна на Кина, го гарантира универзалното влијание на овој инструмент, кој би требало да стане гарант за правната сигурност во прекуграничните односи. Овој инструмент треба да се гледа заедно со другите конвенции на Хашката конференција кои воспоставуваат заедничка платформа за меѓународно приватно процесно правни односи. На тој начин, правната сигурност се гарантира со големата пракса на Хашката конференција и прогресивниот развој што го остварува на меѓународното приватно право. Покрај директните предности, оваа конвенција нуди и значајни индиректни предности со тоа што може да влијание на националните прописи за МПП, бидејќи законодавците често се инспирираат од добрите практики на Хашката конференција за меѓународно приватно право. На тој начин, се исцртува и траекторијата на идното движење на развојот на МПП во делот на признавањето и извршувањето странски судски одлуки.

**THE HAGUE CONVENTION ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT
OF FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS
FROM 2019 – NEW POSSIBILITY FOR EASED CIRCULATION OF
FOREIGN JUDICIAL DECISIONS IN THE SOUTH EASTERN EUROPE**

(Summary)

The newest addition to the Hague conference on private international law - the Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters from 2019 represents a milestone for private international law. This convention will be of use for all natural and legal persons that intend to enter a cross border transaction since it will give them an additional possibility to settle their dispute and provide them with certain guarantees that their decisions will be recognized and enforced abroad. The position of the countries in the South Eastern Europe region is such that recognition and enforcement is mostly conducted on the basis of national provisions and rarely according to bilateral agreements. However, there is a certain notion that the SEE region is in longstanding quest to ease the circulation of the judgments in the region, especially those that relate to civil and commercial matters. The increased number of bilateral agreements for cross border cooperation in civil matters and the work on the Sarajevo Convention are some of the signals that the region tends to please the economically active persons to increase their legal certainty and predictability in order to increase the economic dynamics in the region. The negative outcome of the Sarajevo Convention leaves space for the Hague Convention from 2019 to fill this lacuna and to provide the region with an international instrument for recognition and enforcement. The potential of this agreement goes beyond of the regional interest since it will provide the natural and legal persons from the region a global modality to ease the circulation of judgments. The initial signals are that the Hague Convention from 2019 will be a success, since USA, Russia and Ukraine have already signed it, and the European Commission has proposed accession by the European Union to the Convention. This article will analyze on general level the system established with the Hague Convention from 2019 and its impact on the SEE region countries and their national legal systems.

Key words: Recognition, enforcement, foreign judgments, The Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters from 2019, Private International Law Acts, South East Europe, indirect jurisdiction, conditions for recognition and enforcement, civil and commercial matters.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Монографии и научни статии

1. Bonomi, A., Mariottini, Cristina M., “*(Breaking) News From The Hague: A Game Changer in International Litigation? – Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention*”, Yearbook of Private International Law 20 (2018/2019);
2. Đorđević S., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in South East Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Serbia*, GIZ, (2021);

3. Gugu Bushati A., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in Southeast Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Albania*, GIZ, (2021);
4. Jessel-Holst C., *The Reform of Private International Law Acts in South East Europe, with Particular Regard to the West Balkan Region*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, Zenica, Issue No. 18/9 (2016);
5. Kostić-Mandić M., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in South East Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Montenegro*, GIZ, (2021);
6. Kramberger Škerl J., *Evropeizacija javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu*, Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljani (2009);
7. Kunda I., *The Question of an Appropriate Method: Incorporation of the Community Instrument, Invitation to Join the Lugano Convention or a New Convention?*, Collected Papers from the VIIth Private International Law Conference-Enlargement of the European Judicial Area to CEFTA Countries, Novi Sad (2010);
8. Meškić Z., “*Regional Convention on Jurisdiction and the Mutual Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Sarajevo Convention) – A Perspective of Bosnia and Herzegovina*”, in Varady T., Knieper J. (eds), *Liber amicorum : Gašo Knežević*, Belgrade (2016);
9. Nielsen, P. A., *The Hague 2019 Judgments Convention – from failure to success*, Journal of Private International Law 16 (2020);
10. Povlakić M., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in Southeast Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Bosnia and Herzegovina*, GIZ, (2021);
11. Qerimi D., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in Southeast Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report Kosovo*, GIZ, (2021);
12. Ribeiro-Bidaoui, J., “*The International Obligation of the Uniform and Autonomous Interpretation of Private Law Conventions: Consequences for Domestic Courts and International Organisations*”, Netherlands International Law Review 67 (2020);
13. Rumenov I., *Cross-border recognition and enforcement of foreign judicial decisions in South East Europe and perspectives of HCCH 2019 Judgments Convention – Country Report North Macedonia*, GIZ, (2021);
14. Rumenov I., *The indirect jurisdiction of the HCCH 2019 Convention on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters – Is the “heart” of the Convention in the right place?*, SEELS Law Journal 1:8, (2021);
15. Rumenov, I., *Implications of the new 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Enforcement of Foreign Judgments on the national legal systems of countries in South Eastern Europe*, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), 3, (2019);

16. Rusinow D., *Yugoslav Development Between East and West. Journal of International Affairs*, 19(2), (1965);
17. Simic P., *Do the Balkan Exist? The Southern Balkans: Perspectives from the Region*, Institute for Security Studies Western European Union, Chailot Papers No. 46, Paris, (2001);
18. Süral Efeçinar C., *Possible Ratification of the Hague Convention by Turkey and Its Effects to the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, Public and Private International Law Bulletin, No.40(2), стр.802.
19. Weller M., *The Jurisdictional Filters of the HCCH 2019 Judgments Convention*, Yearbook of Private International Law XXI (2019/2020);
20. Wilderspin, M., Vysoka, L., “*The 2019 Hague Judgments Convention through European lenses*”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)* (2020).

2. Извештаи и студии

1. Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Outstanding Issues”, Prel. Doc. No.2 of April 2016 for the attention of the Special Commission of June 2016 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments.
2. Hartley T., Dogauchi M. “Convention of 30 June 2005 Choice of Court Agreements Convention: Explanatory Report“, <<https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>> (пристапено 13.08.2021), par.85
3. Garcimartín Alférez, F., Saumier, G., “*Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters: Explanatory Report*“, as approved by the HCCH on 22 September 2020, p.8, <<https://assets.hcch.net/docs/a1b0b0fc-95b1-4544-935b-b842534a120f.pdf>> (пристапено 27.01.2022 година)

3. Веб-страници:

1. [http://www.bhas.gov.ba/data/Publikacije/Saopstenja/2021/ETR_02_2021_03_1_HR.pdf] (пристапено 15.10.2021).
2. [<http://www.instat.gov.al/al/temat/tregtia-e-jashtme/tregtia-e-jashtme-e-mallrave/>] (пристапено 21.01.2021).
3. [<https://ask.rks-gov.net/en/kosovo-agency-of-statistics/add-news/international-trade-statistics-april-2021>] (пристапено 15.01.2022).
4. [<https://cefta.int/>] (пристапено 15.08.2021).
5. [<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Foreign-Trade-Statistics-November-2019-30663>] (пристапено 15.08.2021).
6. [<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=Z7>] (пристапено 15.11.2021).

7. [https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/check-current-status_en] (пристапено 15.08.2021).
8. [<https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions>] (пристапено 20.11.2021 година)
9. [<https://www.monstat.org/uploads/files/spoljna%20trgovina/2020/External%20trade%20of%20goods%20January%20-%20december%202020%2C%20fin.pdf>] (пристапено 15.02.2022).
10. [https://www.nbrm.mk/nadvoresno_trgovska_razmena.nspix] (пристапено 04.04.2022).
11. [<https://www.stat.gov.rs/oblasti/spoljna-trgovina/>] (пристапено 04.04.2022).
12. <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0261_EN.html> (пристапено 25.08.2022).

4. Право на ЕУ

1. Регулатива (ЕУ) бр. 1215/2012 на Европскиот парламент и Советот од 12 декември 2012 година за надлжноста и признавањето и извршувањето пресуди во граѓански и трговски работи OJ L 351, 20.12.2012, с. 1–32

5. Закони

1. Закон за меѓународно приватно право („Службен весник на Република Црна Гора“, бр. 1/2014, 6/2014, 11/2014, 14/2014 и 47/2015).
2. Закон за меѓународно приватно право („Службен весник на Република Северна Македонија“, бр. 32/2020)
3. Закон за меѓународно приватно право („Службен весник на Република Турција“ 12.12.2007/2678).
4. Законик за граѓанска постапка (СvPC) (Закон бр. 8116, од 29.3.1996 Законик за граѓанска постапка на Република Албанија, „Службен весник“ бр. 138 од 7.12.1998 година).
5. Законот за меѓународно приватно право (Закон бр. 10 428 од 2.6. 2011 за Меѓународно приватно право на Република Албанија, „Службен весник“ бр. 82, 17.6.2011 година).
6. Закон за решавање на судирите на законите со прописите на другите држави во определени односи (ЗРСЗ 1982), „Службен весник на СФРЈ“ бр. 43/82,72/82.

5. Судска пракса

1. Случај II Ips 462/2009 на Врховниот суд на Република Словенија стр. 6-7, пар. 9.
2. Kuhn (Case C-308/17, ECLI:EU:C:2018:911).
3. Nikiforidis (Case C-135/15, OJ C 198, 15.6.2015).

